

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES
MODIFICATIONS AUX CONCESSIONS
DE
TRAVAUX PUBLICS
EN COURS D'EXÉCUTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mercredi 28 Janvier 1914, à 1 h. 1/2 de l'après-midi

PAR

R. LAINVILLE

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur.

Suffragants { *M. JACQUELIN, professeur.*
M. JOSEPH BARTHÉLEMY, professeur



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

Léon TENIN, Directeur

—
1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551612_0024

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

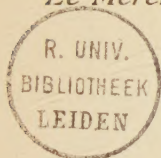
UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES
MODIFICATIONS AUX CONCESSIONS
DE
TRAVAUX PUBLICS
EN COURS D'EXÉCUTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mercredi 28 Janvier 1914, à 1 h. 1/2 de l'après-midi



PAR

R. LAINVILLE

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur.

Suffragants { *M. JACQUELIN, professeur.*
M. JOSEPH BARTHÉLEMY, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

Léon TENIN, Directeur

1914

DES MODIFICATIONS AUX CONCESSIONS
DE
TRAVAUX PUBLICS
EN COURS D'EXÉCUTION

INTRODUCTION

Jusqu'à ces dernières années la concession de travaux publics était considérée comme un acte juridique de nature spéciale. Cependant, comme l'élément contractuel semblait y dominer, on la classait généralement parmi les contrats et, pour la définir, on employait les expressions de contrat de droit public ou contrat administratif. Cette manière de comprendre la concession appelait une conséquence importante. Si la concession est un contrat, elle ne peut être, en aucun cas, modifiée par une seule des parties qui ont contribué à la former; suivant la forte expression du Code Civil elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont librement conclue.

Les termes employés étaient-ils bien exacts? Il ne suffit pas, en effet, de définir la concession un contrat pour qu'elle en soit un effectivement. Une définition doit, avant tout, tenir compte des faits — dans le domaine juridique des décisions des tribunaux — et elle est d'autant plus exacte qu'elle comporte moins d'exceptions. La jurisprudence reconnaît-elle à la concession les caractéristiques d'un contrat? Lui garantit-elle surtout le caractère d'immutabilité qui en fait une loi entre les parties? C'est à une étude sommaire de ces questions que notre travail est destiné.

Il est indéniable qu'actuellement les concessionnaires de services publics sont dans une situation difficile qui tient au développement considérable pris par les services concédés.

Les premières concessions accordées, quoique importantes par leur utilité, n'étaient guère susceptibles de présenter des difficultés qu'on n'eût pu prévoir le jour du contrat. Qu'il s'agisse de ponts à péage ou de canaux, par exemple, les difficultés d'exploitation sont à peu près nulles. Il en fut tout autrement dans la seconde moitié du ^{xix}^e siècle lorsque, les services publics se multipliant, les entreprises de transports par voies ferrées, celles de distribution de gaz et d'électricité furent organisées en concessions. Il est malaisé de prévoir, dans un contrat, le développement que prendra une ligne de chemins de fer, les améliorations qui devront y être appor-

tées; il est tout aussi difficile de régler d'une façon définitive les conditions d'application de nouveaux systèmes d'éclairage. Sans doute l'intérêt bien entendu du concessionnaire est d'organiser de son mieux le service dont il a la charge et de satisfaire les besoins du public. Mais il ne faut pas oublier que les entreprises d'éclairage et les industries de transports aboutissent en fait à des monopoles. Le concessionnaire n'a pas de concurrence à redouter et c'est pourquoi on a vu les compagnies d'éclairage par le gaz retarder, pendant de longues années, l'application de l'éclairage électrique.

L'Administration doit-elle rester inactive en face de l'ignorance ou de l'inertie d'un concessionnaire ? Attendra-t-elle patiemment, sous prétexte que la concession est un contrat, l'expiration de la concession pour reprendre en main le service ou doit-elle, si elle ne veut pas attendre si longtemps et si elle ne veut pas user de la procédure du rachat, utiliser son pouvoir réglementaire en vue d'obtenir une meilleure exploitation ? Questions intéressantes sans doute, mais bien délicates et que nous n'aurions garde d'aborder si le chemin ne nous avait été tracé déjà par la jurisprudence et par une partie de la doctrine.

Dans la première partie de notre travail nous étudierons la nature juridique de la concession telle qu'elle ressort des définitions données par la juris-

prudence et des décisions rendues par les tribunaux tant administratifs que judiciaires. Dans les chapitres suivants nous examinerons quelques-unes des conditions d'application de la théorie juridique que nous aurons adoptée.

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique de la concession de travaux publics.

Le fonctionnement d'un service public peut être obtenu de deux façons : ou bien l'Administration se charge elle-même de l'entretien et de l'exploitation du service ; ou bien elle confie ce soin à un particulier. Dans ce dernier cas, l'entrepreneur est lié à l'Administration par un contrat qui prévoit certaines conditions d'exploitation du service public. Par ce contrat l'État, le Département ou la Commune se décharge sur un particulier de tous les risques que peuvent présenter la construction et le fonctionnement de l'ouvrage concédé. C'est un procédé commode pour les administrations publiques qui, soucieuses des deniers des contribuables, doivent éviter de courir toute aventure financière. En échange, et pour prix de ses services, le concessionnaire a le droit de percevoir une redevance sur ceux qui usent du service concédé.

Les droits et les obligations du concessionnaire sont fixés par le cahier des charges. Le concessionnaire n'a pas d'autres droits que ceux qui sont stipulés au contrat. Il n'a pas la propriété de l'ouvrage

qu'il a construit (1); le travail qu'il a effectué est sur le domaine public et le domaine public n'est pas susceptible de propriété. Pour les concessions d'éclairage, les canalisations sont établies dans le sol des voies publiques et l'on ne voit pas en quoi le fait d'aménager d'une façon particulière le domaine public pourrait en changer la nature; de même pour les tramways. A l'égard des concessions de chemins de fer il y eut bien au début quelques hésitations. Les premières concessions avaient été accordées à perpétuité; des dispositions législatives admirent que la compagnie pouvait hypothéquer la concession (2); enfin quelques dispositions de cahiers des charges firent allusion au droit de propriété des compagnies sur le chemin (3).

Mais de bonne heure on en revint à une notion plus juste de la concession. La commission extraparlamentaire des chemins de fer constituée à la fin de 1839 par M. Dufaure, ministre des Travaux publics, émit un avis catégorique à ce sujet et rejeta le système

(1) Une concession ne peut donc pas être expropriée; elle doit être rachetée.

(2) Loi du 17 juillet 1837, approuvant la concession du chemin de fer d'Alais à la Grand'Combe et d'Alais à Beaucaire.

Lois du 1^{er} août 1839, du 15 juillet 1840, du 11 juin 1842, etc...

(3) La clause habituelle était celle-ci : « A l'époque fixée pour l'expiration de la concession et par le fait seul de cette expiration, le Gouvernement sera subrogé à tous les droits de la compagnie dans la *propriété* des terrains et des ouvrages désignés au plan cadastral... » (Picard, *Traité* t. II, p. 116.)

des concessions à perpétuité; elle déclara « que toute concession d'une voie publique était une délégation faite par l'État au profit des particuliers et que les chemins de fer étaient des voies publiques formant des dépendances nécessaires du domaine public inaliénable » (1). La loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer trancha définitivement la question, en disposant que les chemins de fer feraient partie de la grande voirie (art. 1^{er}). L'ordonnance de 1846 prise en exécution de ladite loi parle de la « domanialité publique des chemins de fer » et fait application du principe juridique précédemment établi (2).

Non seulement le concessionnaire n'a pas la propriété de l'ouvrage concédé, mais il n'est même pas, au regard de l'Administration, titulaire d'un droit réel de jouissance; c'est ce qu'a décidé en 1861 un arrêt de la Cour de Cassation ainsi conçu : « Attendu qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 15 juillet 1845 les chemins de fer construits ou concédés par l'État font partie de la grande voirie; qu'ils sont, à ce titre, une dépendance du domaine public et ne sauraient, dès lors, appartenir aux compagnies qui

(1) Cité par M. Picard, t. II, p. 60.

(2) Il est à remarquer que jusqu'en 1857 les cahiers des charges continuèrent à mentionner « la propriété » des compagnies sur la concession.

Une telle habitude n'est pas faite pour surprendre ceux qui connaissent la tendance de l'Administration « à perpétuer les formules antérieurement adoptées », son continuel souci de la recherche du précédent,

n'en ont que *l'exploitation...*; que de l'attribution des chemins de fer au domaine public il résulte encore que la jouissance des compagnies, quelles qu'en soient l'importance et la durée, n'a jamais les caractères d'un usufruit, d'une emphytéose ou de tout autre droit analogue emportant un démembrement de la propriété publique, contraire aux principes qui en assurent la conservation et l'intégrité; ...qu'ainsi, à quelque point de vue qu'on se place, *les droits des compagnies sur les chemins de fer sont purement mobiliers...* » (Cassation 15 mai 1861; Sirey 1861-1, p. 891.)

Le concessionnaire ne peut opposer au concédant qu'un « droit personnel d'exploitation » (1); le Conseil d'État dans un arrêt du 25 mai 1906 (Sirey 1908-3 p. 66, ministre du Commerce) parle d'un « droit exclusif de jouissance » (2). Ce droit est purement contractuel et garanti seulement par certaines stipulations du cahier des charges. Il n'en a pas moins toute la valeur d'un contrat et s'impose comme tel aux parties contractantes. Suivant la forte expres-

(1) Berthélemy, *Droit administratif*, p. 593.

(2) Quoique le concessionnaire ne soit titulaire d'aucun droit réel sur la voie publique, il peut, semble-t-il, user, dans certains cas, contre les tiers et même contre le concédant de l'action possessoire. Celle-ci, en effet, n'a pas directement pour but la reconnaissance d'un droit mais le respect d'une situation de fait. Voir en sens divers :

Hauriou, Note sous l'arrêt du 25 mai 1906.

Berthélemy, *Traité*, p. 420.

Planiol, t. I, p. 735. M. Planiol considère la réintégrande comme une action personnelle. C'est de cette façon qu'il explique qu'elle peut être employée par le concessionnaire sans que celui-ci soit titulaire d'un droit réel,

sion du Code Civil, il tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait pourvu qu'il ait été légalement formé. Et il importe de bien insister sur ce point; n'étant ni propriétaire de la voie, ni détenteur d'un droit réel sur le domaine, le concessionnaire ne peut opposer à l'Administration que son contrat. L'étude que nous allons entreprendre des modifications qui peuvent être apportées par l'Administration à une concession de travaux publics aura donc pour principal objet l'examen des modifications qui peuvent être imposées par les représentants de l'Administration à la situation contractuelle d'un concessionnaire.

Le respect des contrats, l'obligation d'exécuter intégralement toutes les stipulations conventionnelles sont des principes sans lesquels une société ne pourrait pas subsister. Est-ce à dire, pourtant, qu'il ne peut y être dérogé? Il en est des principes juridiques les plus fermes comme de toutes les règles posées par l'esprit humain. L'application doit en être généralement exigée, mais il y a des situations où le maintien de la règle serait cause de plus de mal que de bien. Des exceptions sont nécessaires, elles sont utiles même, pourvu qu'elles ne soient pas répétées trop fréquemment.

Le droit civil nous offre quelques exemples de contrats modifiés par la volonté d'un ou de quelques-uns des contractants. Dans le contrat de société, notamment, l'associé désigné comme gérant par les

statuts peut être révoqué pour cause légitime par ses coassociés. (C. Civ., art. 1856.) Il pourra donc se produire, une modification aux statuts qui aura lieu sans le consentement de tous, car il est probable que le gérant s'y opposera (1). Quelques auteurs admettent aussi qu'un gérant étranger, même s'il a été désigné dans les statuts, pourra être révoqué par la majorité des associés. A ces deux exemples, nous pouvons en ajouter un autre beaucoup plus important tiré de la jurisprudence relative aux sociétés par actions. Il est admis par les tribunaux et par une partie de la doctrine que les statuts d'une société peuvent être modifiés par l'assemblée générale extraordinaire. Un arrêt de la Cour de Cassation du 30 mai 1892 (Sirey 1892.1.562) a nettement orienté la jurisprudence en ce sens : « Attendu, y est-il dit en substance, qu'aux termes de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, il appartient aux assemblées générales constituées conformément aux dispositions de cet article (2), de *délibérer souverainement sur les modifications des statuts.* » Il faut remarquer toutefois, et ceci a son importance, que la modification imposée par la majorité à la minorité des actionnaires

(1) Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, pp. 35 et suivantes. Nous ne faisons que reproduire son exposé.

(2) L'art. 31 fixe le quorum nécessaire pour que les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts, soient régulièrement constituées,

ne peut porter que sur des points secondaires. Une modification aux clauses essentielles des statuts ne pourrait avoir lieu que de l'avis unanime des actionnaires à moins qu'il n'en ait été autrement décidé par l'acte de société.

S'il en est ainsi en droit privé et si des modifications peuvent être apportées à un contrat par l'un des contractants, à plus forte raison, peut-on dire, doit-il en être de même lorsque l'Administration a passé un contrat avec un particulier en vue de l'exécution d'un service public. Le droit civil ou le droit commercial règle les rapports des individus entre eux; ce ne sont que des intérêts privés qui sont en jeu. Au contraire, l'Administration lorsqu'elle traite avec un entrepreneur représente l'intérêt général. Des intérêts privés sont suffisants pour permettre des modifications à un contrat en cours d'exécution; l'intérêt général pourra bien plus justement être la cause de changements à des situations contractuelles. Et ces modifications au contrat du concessionnaire sont d'autant plus compréhensibles de la part de l'Administration que celle-ci est toujours un peu responsable de l'exécution du service public. La concession, en effet, constitue le mode de gestion indirecte d'un service de la part de l'Administration; elle n'équivaut pas à un abandonnement, à un délaissement et l'Administration reste toujours

garante de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens (1).

Cependant si forts que nous paraissent ces arguments et quelque valeur que nous attachions aux exemples cités, ce n'est pas par un rapprochement avec le droit civil ou le droit commercial que nous trouverons une solution. Les rapports entre l'Administration et le concessionnaire ne sont pas les mêmes que ceux qui s'établissent entre les associés d'une société civile ou commerciale. Une maison de commerce a pour unique but de faire des bénéfices aux dépens du public; l'Administration, au contraire, représente l'intérêt général et doit défendre le public contre les exigences possibles du concessionnaire.

En outre il est permis de se demander si la concession de service public est bien un contrat comme ceux que nous venons d'examiner. La jurisprudence qui doit toujours être, dans les cas difficiles notre suprême référence est loin de présenter à cet égard un caractère d'unité et elle ne reconnaît à la concession un caractère contractuel que dans certains cas.

En ce qui concerne les chemins de fer, la Cour de Cassation reconnaît, dans des attendus très explicites, la nature contractuelle du cahier des charges : « Attendu, dit un arrêt du 24 août 1870, que le cahier des charges constitue entre l'État et la compagnie un

(1) Voir conclusions de M. Léon Blum. Conseil d'État : Tramways de Marseille, 11 mars 1910.

marché de travaux publics... » et le 2 mai 1873 : « Attendu que le cahier des charges imposé à une compagnie de chemins de fer n'est autre chose qu'un *contrat* intervenu entre l'État et cette compagnie... »

Mais ces arrêts n'ont défini la nature juridique du cahier des charges qu'en ce qui concerne les rapports de l'Administration et du concessionnaire. Vis-à-vis du public, au contraire, le cahier des charges est un acte unilatéral, le Tribunal des conflits et la Cour de Cassation l'assimilent même à la loi. Le 3 janvier 1851, le Conseil d'État, juge des conflits, déclare à propos d'une clause d'un cahier des charges : « que l'interprétation et l'application de cette *disposition législative*, invoquée comme constituant des droits particuliers et des obligations déterminées appartiennent au pouvoir judiciaire... » (1). La Cour de Cassation, à son tour, le 5 février 1861 (Contet-Muiron) rend un arrêt où l'on remarque ces considérants : « Attendu que le cahier des charges, n'étant que l'annexe de la loi de concession, en devient inséparable... ; que l'interprétation et l'application de cette *disposition législative*... appartiennent au pouvoir judiciaire... » (2). De même le 31 décembre 1866 la Cour déclare encore que « l'ordonnance du 15 novembre 1846 et le cahier des charges imposé aux compagnies de chemins de fer sont des *actes législatifs* dont

(1) Chemin de fer d'Amiens à Boulogne, Sirey, 1851.2.376.

(2) Sirey, 1862.1.196.

l'application, à l'égard des tiers, appartient aux tribunaux judiciaires (1).

Le 3 mars et le 13 mai 1874 la Cour de Cassation applique les mêmes principes (2). Les tarifs établis par les compagnies de chemins de fer et homologués par l'Administration ont « force légale ». La jurisprudence de la Cour s'est toujours maintenue en ce sens et le 2 mai 1908 elle rend encore un arrêt où il est dit qu'un traité passé par une compagnie et approuvé par décret constitue *partie intégrante* de ce décret (3).

Pour les concessions autres que celles de chemins de fer, les décisions de jurisprudence sont moins explicites. Néanmoins il est facile de constater que la concession est toujours assimilée à un marché de travaux publics quand il s'agit de régler les rapports du concessionnaire avec l'administration (c'est pour cette raison, du reste, que le Conseil de préfecture est compétent lorsque des difficultés s'élèvent entre ces deux parties, relativement à l'interprétation du cahier des charges).

Par contre la théorie contractuelle est toujours repoussée quand il s'agit des rapports du concessionnaire avec le public.

(1) Le caractère législatif est du reste reconnu même aux concessions accordées par le pouvoir exécutif.

Cassation : 31 janvier 1859, Savalète; 30 mars 1863, Chemin de fer de Lyon.

(2) Dalloz, 1875.1 pp. 171 et 467.

(3) Cassation : 2 mai 1908, Sirey, 1912.1 p. 53.

Prenons, par exemple, les clauses d'un cahier des charges relatives à la perception de taxes par un concessionnaire de pont à péage.

Entre l'Administration et le concessionnaire, les débats que font naître les dispositions obscures du tarif présentent le caractère de difficultés relatives à l'exécution d'un marché de travaux publics. « Quelle que soit la nature des taxes de péage, dit M. le commissaire du Gouvernement Cornudet, quelle que soit l'origine du droit en vertu duquel l'Administration établit des péages sur les ponts, il est incontestable que l'acte par lequel l'Administration concède à un entrepreneur le droit de percevoir le péage en son lieu et place, moyennant certaines obligations dudit entrepreneur envers elle et envers le public, est un *contrat Administratif* au point de vue des rapports que cet acte établit entre elle et le concessionnaire » (1).

Au contraire, lorsqu'il est contesté par le public, le droit de percevoir des taxes, est considéré, avec juste raison comme émanant de la loi et non du contrat. Les taxes perçues par le concessionnaire sont même assimilées aux contributions indirectes (2).

En présence d'arrêts si contradictoires on comprend

(1) Conseil d'État : 9 mai 1851, Astugue.

(2) Conseil d'État : 5 février 1841, Rabastens; 23 décembre 1845, Hingray; 9 mai 1851, Astugue (considérants); 29 mars 1855, Pointurier; 17 mai 1855, Mahé; 14 juillet 1858, Seguin; 1^{er} juin 1870, Woilquin (et les références citées en note).

que les juristes aient éprouvé quelque embarras à donner une définition de la concession et, quelque séduisante que parût la théorie contractuelle, les caractères propres de la concession de travaux publics leur faisaient comprendre l'impossibilité qu'il y a à l'assimiler à un contrat de droit privé. On se tirait généralement de la difficulté en faisant de la concession un acte juridique de nature propre et comme, de toute évidence, on reconnaissait en elle certaines des caractéristiques du contrat, on disait généralement qu'elle est un contrat *sui generis*.

« Le contrat de concession, dit M. Aucoc dans ses conférences sur le droit administratif, est une convention *qui a un caractère spécial et qui n'a pas d'analogue en droit civil*... Les règles qui régissent ce contrat ne se trouvent, le plus souvent, ni dans des textes de lois, ni dans des règlements. Elles ne se trouvent, en général, que dans les conventions passées avec les concessionnaires, dans les cahiers des charges spéciaux à chaque entreprise » (1).

Cette définition est celle qu'admettaient de nombreux auteurs (2). Reproduite plus ou moins fidèlement, par des commissaires du gouvernement dans

(1) Conférences, t. II, p. 426.

(2) Ducrocq, 7^e édition, 248.249 (moins affirmatif cependant).

Dalloz (Répertoire). 1912, p. 430.

Blanche, *Dictionnaire général*, t. II, p. 1832.

Fuzier-Herman, t. XXXV, *Travaux publics*, §§ 122 et 132.

Voir également les auteurs cités en note par Guillaud, p. 286.

leurs conclusions en Conseil d'État, elle correspondait bien aux solutions adoptées par les tribunaux administratifs jusqu'en ces dernières années. C'est ainsi que le 11 janvier 1884, M. le Commissaire du Gouvernement Gomel formulait ses conclusions : « ...Il est difficile, ...de trouver une analogie quelconque entre les conventions régies par le Code Civil et le *contrat spécial* en vertu duquel l'Administration, au lieu de payer directement l'auteur d'un travail public, lui confère le droit de percevoir, pendant un délai qui généralement n'est pas moindre de quatre-vingt-dix-neuf ans (1), une redevance de tous ceux qui se serviront du travail public. Ainsi le concessionnaire se trouve, en définitive, substitué au droit qu'aurait l'Administration de toucher un péage ou un prix de transport pour l'usage de l'ouvrage public et, entre les personnes privées, les conventions ne peuvent pas avoir un semblable objet » (2).

Cependant, il est permis de penser que de telles explications ne sont pas bien convaincantes. Quand on dit de la concession qu'elle est un contrat spécial, un contrat administratif ou un contrat de droit public, on n'a pas dit grand'chose ou plutôt on prête

(1) Il s'agissait, en l'espèce, d'un chemin de fer et les concessions d'autres services publics sont généralement accordées pour une durée moins longue. M. Hauriou cite pourtant, dans le premier numéro de la *Revue du droit public*, des concessions d'éclairage établissant, au profit d'un concessionnaire, un monopole pour un laps de temps considérable.

(2) Arrêt Level, Lebon, 1884, p. 40.

à la confusion. C'est pourquoi M. Berthélemy a fait une vigoureuse et juste critique des définitions de ce genre : « On n'explique rien en disant contrat de droit public, dit-il; il n'existe pas de contrats de droit public obéissant à des règles, et produisant des effets qui leur soient particuliers... (1). Les mots, en définitive, ne sont que des étiquettes : pourquoi sur des phénomènes particuliers au droit public, tient-on à mettre des étiquettes faites pour le droit privé? Si ces mots gardent leur sens habituel, pourquoi les faire suivre d'un signe particulier, d'une portée d'ailleurs très indécise; et si ce signe particulier a pour objet de montrer que les mots n'ont plus leur sens habituel, pourquoi s'en servir » (2).

De deux choses l'une, en effet : ou la concession est un contrat qui obéit aux règles générales des contrats; ou elle renferme quelque chose d'étranger à une situation contractuelle et il est inutile de faire rentrer cette inconnue dans le domaine du contrat. Examinons donc la concession de travaux publics en elle-même et voyons la manière dont elle est établie ainsi que les éléments qui la composent. Immédiatement nous nous rendons compte que la façon dont elle est réglementée est trop en contradiction avec les principes du droit privé pour qu'il soit possible de la faire rentrer, en bloc, dans les cadres du droit civil.

(1) Berthélemy, *Traité*, p. 46 (note).

(2) Berthélemy, *Traité*, p. 413 (note).

L'Administration rédige à l'avance le cahier des charges; l'entrepreneur ne fait qu'y adhérer et doit en accepter les clauses. Ce cahier remplace, en somme, pour la concession, le cahier des clauses et conditions générales de l'entreprise de travaux publics. Il peut être, dans une certaine mesure, comparé au règlement d'atelier élaboré par le patron et auquel l'ouvrier qui veut travailler doit se soumettre.

Pour l'établissement du cahier des charges d'une concession, l'Administration suit un plan tracé par un cahier des charges-type. Pour les chemins de fer d'intérêt général un cahier-type a été arrêté en 1857 et en 1859; pour les chemins de fer d'intérêt local et les tramways, un décret du 6 août 1881 a approuvé deux modèles de cahier. Les clauses de ces cahiers-types, reproduites dans chaque traité particulier, lui donnent la fixité nécessaire (1). Les conventions de 1883, relatives aux grandes compagnies de chemins de fer sont presque semblables entre elles; elles ne diffèrent que par le numérotage de quelques articles (2).

Enfin les concessions de ponts à péage, autorisées

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 121.

(2) Des différences peuvent néanmoins exister entre les différents cahiers des charges, soit que le cahier-type ait laissé une certaine liberté aux parties, soit que des accords particuliers soient intervenus entre les compagnies et l'Administration sur des questions financières. C'est à ces accords particuliers que certains auteurs réservent plus spécialement le nom de conventions.

Picard, t. II, p. 106.

Colson, *Abrégé*, p. 24.

actuellement pour les chemins vicinaux sont régies par un cahier modèle approuvé en 1852.

Mais le contrat ainsi passé n'est que provisoire (1). Il lie bien l'entrepreneur (2), il n'a pas encore de valeur vis-à-vis de l'autorité administrative (3). Nul fait ne peut nous montrer, avec plus d'évidence de quelles prérogatives jouit l'Administration lorsqu'elle traite avec un particulier pour l'exécution d'un ouvrage public. C'est qu'il ne faut pas oublier l'importance des services publics, importance que nous avons signalée précédemment. L'ensemble du contrat doit être revu, avant d'être approuvé, par le législateur, le chef de l'État ou le préfet; ceux-ci doivent s'assurer que les stipulations importantes du cahier des charges-type ont bien été appliquées et que la garantie financière accordée par les patrimoines administratifs s'il a été fait appel à leur crédit, ne

(1) Sauf pour la Commune si le service n'aboutit pas à un monopole, s'il est établi pour moins de trente ans et s'il ne nécessite pas la perception de taxes. Ces conditions sont bien rarement réalisées.

Morgand, *La loi municipale*, t. II, p. 116.

(2) Le Conseil d'État a même décidé, en 1873, qu'un entrepreneur qui avait commencé à exécuter les travaux relatifs à une concession, ne pouvait se prévaloir du défaut d'approbation de l'autorité supérieure pour cesser les travaux.

Compagnie du Gaz Riche, 31 janvier 1873.

(3) Le refus d'approbation libère le Département ou la Commune. Jurisprudence constante.

Notamment Conseil d'État : 1^{er} mai 1891, 12 juin 1891, 16 juin 1893 (Sirey, 1895.3, p. 45) et 10 février 1899.

Cependant, tant que le refus d'approbation n'est pas intervenu, le Département ou la Commune ne peuvent rompre l'engagement.

Conseil d'État : 14 février 1902.

dépasse pas les ressources dont l'État, le Département ou la Commune peut disposer (1).

Le contrat de concession étant approuvé généralement par une loi ou par un acte unilatéral de l'autorité administrative, on pourrait peut-être croire que, postérieurement à l'émission de l'acte approbatif, la situation contractuelle n'existe plus. On se trouverait alors en présence d'un acte législatif ou d'un règlement. Mais ce serait oublier que, lorsqu'un acte est susceptible d'approbation, celle-ci, même si elle émane du pouvoir législatif, ne modifie en rien la nature de l'acte approuvé. L'approbation ou autosatisfaction ne devient pas partie intégrante de la décision; elle est seulement une formalité extérieure qui lève l'obstacle qui s'opposait à l'exécution de l'acte, mais ne lui confère pas sa force exécutoire. C'est pour cette raison que, si un contrat soumis à approbation est attaqué au moyen d'une action en nullité, il faut qu'il le soit en lui-même; inversement, si l'acte d'approbation est attaqué, ce ne peut être que pour des vices

(1) L'autorité chargée de donner son approbation varie suivant les cas : c'est tantôt une loi, tantôt un décret, tantôt un arrêté préfectoral. Les concessions de chemins de fer sont toujours approuvées par une loi; celles de tramways par un décret en Conseil d'État; quant aux concessions accordées par une commune l'approbation, presque toujours nécessaire, est donnée par le préfet ou par le chef de l'État.

Les concessions d'éclairage électrique sont soumises par la loi du 15 juin 1906 à un régime particulier. Elles sont approuvées par le préfet lorsque le domaine communal est occupé et qu'il n'y a pas de modification au cahier des charges-type. Dans tous les autres cas il faut un décret en Conseil d'État.

qui lui sont propres et non pour ceux du contrat (1).

En résumé, le contrat et son approbation sont deux actes entièrement distincts; la nature juridique de l'un n'a aucune influence sur celle de l'autre.

Mais alors une question se pose : comment concilier la jurisprudence de la Cour de Cassation avec la doctrine que nous exposons et avec la jurisprudence du Conseil d'État. La Cour de Cassation reconnaît parfois au cahier des charges un caractère législatif parce qu'elle considère que le cahier, un contrat, est *incorporé* à l'acte qui l'approuve et participe dès lors de la force obligatoire qui appartient à l'acte approbatif (2). Le Conseil d'État, au contraire, par les arrêts précédemment cités en note pose en principe qu'un contrat est distinct de l'acte qui l'approuve et cette jurisprudence très logique est appuyée par la haute autorité de M. Hauriou.

Une seule explication s'offre à l'esprit : celle qui consiste à voir dans le cahier des charges un contrat et un règlement non pas d'après la partie qui est en cause (public ou concessionnaire), mais d'après la

(1) L'acte approbatif peut donc être annulé sans que l'annulation ait aucun effet *direct* sur le contrat.

Conseil d'État : Martin, 4 août 1905; Petit, 29 décembre 1905; Balliman, 6 avril 1906; Barla, 5 février 1909; Frères de Ploërmel, 12 novembre 1909 et les conclusions de M. Romieu.

Pour que le contrat lui-même soit déclaré nul, il faut engager une autre action en nullité fondée sur le Code Civil. Voir Hauriou, *Précis*, p. 149.

(2) Cassation, 2 mai 1908, Sirey, 1912.1.53

nature même de ses prescriptions. L'examen sommaire des stipulations du cahier des charges nous permet de voir que l'hypothèse formulée est parfaitement fondée. Prenons, par exemple, les clauses qui déterminent les conditions de construction, d'entretien et d'exploitation de l'ouvrage public, le maximum et le mode d'établissement des taxes que le concessionnaire est autorisé à percevoir sur les voyageurs et les marchandises. Cette organisation du service public est réglementaire, que le service soit organisé en régie ou en concession; elle procède de la volonté unilatérale de l'Administration, et le fait que le service est dirigé par un concessionnaire, ne peut pas en modifier la nature. La théorie de la Cour de Cassation peut être critiquée (1). Il est excessif, quand il s'agit de l'appliquer au public, d'assimiler dans tous les cas le cahier des charges à la loi et il vaut mieux lui reconnaître le caractère d'une loi, d'un décret ou d'un arrêté suivant la nature de l'acte qui l'approuve (2).

(1) Aucoc, *Conférences*, t. III, pp. 480 et 793.

(2) Béquet, t. XXVII, pp. 380 et 381.

Les définitions précédentes n'ont souvent été que des prétextes destinés à justifier la compétence de telle ou telle juridiction. Si les tribunaux judiciaires ont assimilé le cahier des charges à la loi ou les taxes perçues sur le public aux contributions indirectes, c'est moins pour expliquer la nature juridique du cahier et celle des redevances que pour garder compétence en ce qui concerne l'application du cahier des charges au public et les contestations relatives aux tarifs. Mais il n'en reste pas moins qu'un fonds de vérité doit exister dans les définitions citées; la Cour de Cassation et les tribunaux judiciaires n'auraient pas couvert de leur autorité des notions juridiques entièrement inexactes.

Mais l'interprétation dans le fond, est très juste et c'est en nous en servant que nous pourrons trouver une solution.

Le caractère réglementaire de certaines parties du cahier des charges apparaît bien nettement lorsque l'on examine les conditions d'exploitation des voies ferrées, par exemple, et qu'une clause du cahier reproduit une prescription d'ordonnance ou de règlement concernant la police des chemins de fer ou la police du domaine public. Les infractions à ces prescriptions sont alors réprimées par le Code Pénal. Il est bien entendu que ce ne sont pas précisément les infractions au cahier, mais les infractions au règlement qui sont alors réprimées (1); il ne ressort pas moins de l'insertion de ces dispositions au cahier des charges que les clauses munies d'une sanction ne diffèrent pas, *par leur nature*, des autres prescriptions réglementaires du cahier. Le fait d'être inséré au cahier des charges ne modifie pas la nature juridique d'une prescription réglementaire.

(1) A noter la rédaction de l'article 12 de la loi du 15 juillet 1845 : « Lorsque le concessionnaire ou le fermier de l'exploitation d'un chemin de fer contreviendra aux *clauses du cahier des charges* ou aux décisions rendues en exécution de ses clauses en ce qui concerne le service de la navigation, la viabilité des routes royales, départementales et vicinales, ou le libre écoulement des eaux, procès-verbal sera dressé de la contravention... »

Il faut constater toutefois que les contraventions en matière de voirie aboutissent moins à des pénalités qu'à des amendes réparatrices des dommages causés. Leur caractère est plus civil que pénal (Laferrière, t. II, p. 630).

Il y a pourtant d'autres cas de contraventions V. Picard, t. II, p. 111.

Un auteur estimé, M. Lamé-Fleury, insistant sur le caractère d'*ordre public* du cahier des charges, propose de punir les infractions à certaines de ses prescriptions des peines prévues par l'article 471-15° du Code Pénal (1). Cette opinion est, sans doute, un peu exagérée mais le fait même que cet auteur ait proposé une semblable solution est un argument de plus en faveur de la possibilité de considérer certaines parties du cahier des charges, comme ayant un caractère réglementaire; l'inexécution d'un contrat ne saurait, en effet, être réprimée par la juridiction répressive.

Cependant la concession n'est pas uniquement composée d'un acte réglementaire; à côté de ce dernier intervient un autre facteur, le contrat qui règle les conséquences pécuniaires de l'entreprise et implique l'adhésion de l'entrepreneur à l'organisation du service telle que l'a réglée l'Administration. La situation n'est plus seulement réglementaire; entre l'entrepreneur et l'autorité administrative a été passé un contrat. Autrement dit, avant de s'engager, l'entrepreneur a examiné les conditions posées par l'administration; il a pesé les chances de gain et de perte que comportait l'exploitation du service et c'est librement qu'il s'est engagé vis-à-vis de la personne morale administrative.

(1) Lamé-Fleury, *Code annoté des chemins de fer en exploitation*, p. 290.

L'acte de concession est donc bien en ce sens un contrat. Nous y trouvons le concours de deux volontés : volonté de l'Administration qui offre le service et volonté de l'entrepreneur qui l'accepte. C'est, en somme, une situation réglementaire qui sert de base à un contrat et dont certaines conséquences pécuniaires sont acceptées par les deux parties. M. Hauriou dans une note sous Conseil d'État (Chemins de fer économiques du Nord : Sirey, 1904-3, p. 50) cite d'autres exemples d'acte réglementaire incorporé à un contrat. Les règlements sur l'enlèvement des immondices et sur la vidange des fosses d'aisance sont annexés au cahier des charges des concessionnaires qui se chargent du service de l'enlèvement des boues et de la vidange des fosses; de même les règlements fixant les taxes à percevoir dans les halles et marchés « font corps » avec le cahier des charges, etc. Leur acceptation par le concessionnaire qui a contracté en tenant compte des faits existants a créé entre l'Administration et lui une situation contractuelle de telle sorte que le règlement ne peut pas être modifié sans que le contrat soit également atteint. Néanmoins les deux actes gardent toujours leur nature juridique propre.

Le public, au contraire, n'a pas eu à intervenir dans le contrat. Les seules questions qui l'intéressent sont celles qui organisent le service public. Pour lui la concession est un acte unilatéral de l'autorité administrative.

Cette théorie a été critiquée. M. Guillaouard notamment soutient qu'il y a indissolubilité entre les deux actes que l'on croit reconnaître dans la concession et pour appuyer son argumentation il cite un arrêt du Conseil d'État, ville de Montfort-l'Amaury (6 avril 1900), d'après lequel on ne pourrait séparer dans la concession les deux éléments dont elle se compose (1).

L'exemple cité ne nous paraît nullement convaincant, car la théorie précédente n'a pas été formulée par le Conseil d'État dans son arrêt du 6 avril 1900, mais constitue seulement un moyen de défense invoqué par le concessionnaire devant la juridiction administrative (2).

Au contraire, nous pouvons citer, en faveur de l'opinion que nous défendons, deux arrêts l'un du Conseil d'État et l'autre de la Cour de Cassation. Le 24 juillet 1867, la Cour de Cassation s'exprime de la manière suivante :

« Attendu que l'adjudication du 12 avril 1851 constitue une entreprise de travaux publics et a vraiment le caractère d'un acte administratif en ce qui concerne les travaux à exécuter pour fournir

(1) Guillaouard, *Notion des autorisations, concessions*, p. 311.

(2) Conseil d'État : Ville de Montfort-l'Amaury, 6 avril 1900. « Vu le mémoire en défense présenté par la société des eaux... et tendant au rejet de la requête susvisée de la ville par les motifs que... il est impossible de décomposer un contrat de concession en autant de parties qu'il comprend de clauses distinctes pour appliquer à chacune desdites clauses les principes qui lui seraient propres si elles existaient isolément... »

le gaz et assurer l'éclairage de la ville; ...(qu') il en est autrement des clauses du cahier des charges qui, étrangères aux travaux à exécuter ou à l'éclairage à fournir, ont uniquement pour objet de régler les divers intérêts privés engagés dans la société grenobloise...; que les contestations relatives soit à l'application soit à l'interprétation de ces clauses laissant complètement en dehors l'intérêt public..., elles demeurent dans la compétence des tribunaux (civils) » (1).

Le Conseil d'État avait rendu le 20 mars 1862, sur la même affaire, un arrêt dans le même sens. Ainsi non seulement la jurisprudence distingue les deux éléments dont se compose la concession, mais elle attribue compétence pour trancher les litiges soulevés à propos de l'un ou de l'autre, à deux juridictions d'ordre différent, tribunal judiciaire ou tribunal administratif suivant le cas.

La thèse que nous soutenons peut être défendue par d'autres arguments qui découlent de l'impossibilité qu'il y a d'expliquer certains faits juridiques autrement que par la distinction de l'acte de concession en deux parties, contrat et règlement.

Nous savons que le public qui a *intérêt* à ce que les services concédés fonctionnent normalement, peut lorsque l'Administration n'applique pas, même d'ac-

(1) Cassation, 24 juillet 1867, Compagnie grenobloise (Dalloz 1868.1.33).

cord avec le concessionnaire, les conditions d'exploitation prévues par le cahier des charges, user du recours pour excès de pouvoir afin d'obliger les administrateurs à respecter les stipulations du cahier. Le Conseil d'État s'est prononcé en ce sens par deux arrêts : l'un du 3 février 1905, Storch; l'autre du 21 décembre 1906, Syndicat Croix de Seguey-Tivoli (1). Comment expliquer cette jurisprudence si l'on considère la concession comme un contrat? Comment expliquer que le recours pour excès de pouvoir soit admis en cas de *violation d'un contrat*? Le recours pour excès de pouvoir, rappelons-le, est bien recevable contre un acte unilatéral de l'autorité administrative, mais jamais quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat. Les deux arrêts du Conseil d'État ne peuvent se comprendre que si l'on envisage les conditions d'exploitation du service comme résultant d'un règlement. En cas de violation du règlement le recours pour excès de pouvoir est, alors, parfaitement recevable (2).

(1) Sirey, 1907.3.36.

(2) Indépendamment du recours pour excès de pouvoir, ne serait-il pas possible d'expliquer le droit du public, sur un service concédé au moyen d'une autre théorie juridique, qui, celle-là, relève exclusivement du droit civil, la stipulation pour autrui. Planiol, *Traité*, t. II, p. 410; Picard, *Chemins de fer*, t. II, p. 101.

L'Administration, en établissant le cahier et en le faisant accepter par le concessionnaire, stipulerait au profit du public. Chaque particulier qui userait du service dans les conditions prévues, adhérerait au contrat passé à son profit et le ratifierait tacitement. Des objections peuvent être faites à cette manière de voir : le public n'est pas

Un autre argument en faveur de la nature réglementaire de certaines parties du cahier peut être tiré d'une question de compétence d'importance secondaire peut-être, mais qui néanmoins doit être expliquée. En vertu de la loi du 28 Pluviôse an VIII le Conseil de Préfecture est compétent pour interpréter les contrats de travaux publics lorsqu'un litige s'élève entre le concessionnaire et le concédant. Par exception à cette règle, le Conseil d'État connaît des décisions du ministre des Travaux publics relatives au remboursement d'avances, garantie d'intérêts ou partage des bénéfices lorsque l'État est partie à la convention et qu'il s'agit de chemins de fer et de tramways. Le ministre arrête les comptes sur le rapport d'une commission spéciale dite commission de vérification des comptes, composée de délégués du ministre des Travaux publics et du ministre des Finances et présidée par un Conseiller d'État.

M. Laferrière explique ces pouvoirs du ministre de la manière suivante : « Cette attribution de compétence résulte de règlements d'administration publique qui avaient été prévus par les conventions passées

un tiers, au sens du Code Civil (Jèze, *Revue*, 1905, p. 349); et le cahier des charges ne désigne personne comme bénéficiaire précis de la clause que l'on prétend violée; de plus, toute ratification du contrat est, de la part du tiers, superflue. En fait, toutes les discussions théoriques tombent devant cette constatation brutale : la jurisprudence de la Cour de Cassation ne s'est jamais servie de la théorie juridique de la stipulation pour autrui afin de justifier le droit des tiers sur un service public puisqu'elle reconnaît au cahier des charges « force légale ».

en 1859 entre l'État et les compagnies de chemins de fer, et approuvées par le décret du 11 juin 1859 et la loi en date du même jour... (1). Le principe d'après lequel les compétences ne peuvent être réglées que par la loi et ne peuvent résulter ni de simples décrets ni de clauses d'un cahier des charges, aurait pu faire obstacle à la compétence ministérielle substituée, en cette matière, à celle du Conseil de Préfecture. Mais, à l'époque où cette règle a été édictée pour les questions de garantie d'intérêt et les partages de bénéfices, la jurisprudence ne s'était pas encore prononcée en faveur d'une compétence générale du Conseil de Préfecture...; l'attribution de compétence au ministre des Travaux publics *en vertu des conventions* de 1859, pouvait donc être considérée comme non contraire à la loi du Pluviôse an VIII. Plus tard, lorsque la jurisprudence du Tribunal des conflits s'est prononcée en faveur d'une compétence générale des conseils de préfecture, les pouvoirs du ministre et de la commission de vérification des comptes étaient reconnus depuis quinze ans et ne pouvaient plus être pratiquement remis en question» (2).

Malgré la grande autorité que l'on doit attacher à l'opinion de M. Laferrière, il est permis de regretter une semblable affirmation. Les règles de compétence,

(1) Laferrière, t. II, p. 126.

(2) Laferrière, t. II, p. 126, note.

ratione materiae, sont d'ordre public et ne peuvent, en aucun cas, être modifiées par les parties. Que la clause du cahier des charges reproduise la jurisprudence d'alors concernant le juge administratif de droit commun, nul ne songe à le contester (1). On se demande seulement pourquoi, la jurisprudence s'étant modifiée, le ministre a conservé en matière de chemins de fer, une compétence qu'il a perdue partout ailleurs. Il y a là une curieuse survivance de la théorie du ministre juge de droit commun.

La compétence du ministre est, au contraire, facilement explicable si nous admettons que certaines clauses du cahier des charges — mais certaines parties seulement — ont la même nature juridique que l'acte qui l'approuve. En l'espèce la compétence du ministre ne reposerait pas sur un contrat, mais sur la partie de l'acte de concession qui fait corps avec la loi du 11 juin 1859 (2).

(1) Picard, t. II, p. 519; Colson, *Abrégé*, p. 43.

De telles clauses sont d'ailleurs inutiles et il appartient à l'Administration supérieure d'en obtenir la suppression.

Ce que nous venons de dire ne s'applique, naturellement, qu'aux règles concernant la compétence *ratione materiae*. Pour ce qui est de la compétence *ratione personae*, les parties sont plus libres. C'est ainsi que les cahiers des charges des grandes compagnies de chemins de fer attribuent compétence pour l'interprétation du contrat au Conseil de préfecture de la Seine.

(2) Sans doute la clause en question du cahier des charges est bien relative à des questions pécuniaires qui sont de nature contractuelle comme nous allons nous en rendre compte. Mais elle n'a pas d'importance en ce qui concerne les droits des parties. Elle règle seulement une question de compétence *ratione materiae* et ces questions sont d'ordre public.

L'opinion que nous exposons d'après laquelle le cahier des charges peut être divisé en deux éléments est adoptée par de nombreux auteurs qui tous font une distinction entre les prescriptions réglementaires et les stipulations conventionnelles. Ils déplorent la confusion trop souvent faite entre le contrat et le règlement et demandent, pour l'avenir, une séparation plus nette entre eux (1).

La rédaction, cependant, n'a qu'une importance secondaire. L'essentiel est de bien distinguer les deux parties de la concession d'après leur nature et non suivant le texte où elles sont consignées. Une clause réglementaire concernant l'organisation du service peut trouver place dans le cahier des charges; elle n'en reste pas moins réglementaire et obéit à ses règles propres. Il ne faut pas la confondre avec la partie contractuelle qui n'a trait qu'aux intérêts pécuniaires de l'entrepreneur et nécessite l'interprétation de deux volontés conformément aux règles générales du Code Civil.

Nous pouvons tirer de la division bipartite de l'acte de concession des conséquences extrêmement intéressantes. M. Jèze qui a beaucoup contribué au développement de la théorie que nous exposons exprime ainsi son opinion : « La concession d'un

(1) Lamé-Fleury, *Code annoté*, p. 292; Colson, *Abrégé*, pp. 25 et 26; Picard, t. II, pp. 107 et 108; Béquet, *Voies ferrées*, t. XXVII, p. 277.

service public — par exemple d'un service de transports en commun — s'analyse en deux éléments essentiels : 1^o l'organisation du service public de transports en commun ; 2^o la concession à un entrepreneur. Ces deux actes juridiques n'ont pas la même nature : le premier est un acte législatif ou réglementaire ; le deuxième est un contrat.

De cette différence de nature juridique découle un régime juridique différent. La difficulté consiste à distinguer, dans le document unique qui contient les deux actes, l'organisation du service et la concession proprement dite, — ce qui est réglementaire (organisation du service), et ce qui est contractuel (concession). Dès que ce départ est fait la solution des difficultés devient relativement facile. En particulier il faut dire : 1^o tout ce qui est de nature légale et réglementaire peut, *à tout instant*, être modifié par la loi ou le règlement ; 2^o au contraire, ce qui est de nature contractuelle ne peut être modifié que par l'accord de volontés des parties » (1). Et nous pouvons ajouter que ce qui est contractuel obéit aux règles générales édictées par le Code Civil pour les contrats. La concession perd alors son caractère d'acte juridique de nature particulière, *sui generis*, pour être ramenée à des éléments connus.

La doctrine en cette matière ne fait que refléter

(1) *Revue du droit public*, 1910, p. 270. Même sens et même revue : 1907, p. 411 (M. Duguit) ; 1909, pp. 49 et 520 (M. Rolland).

la jurisprudence. En ce qui concerne le contrat, le Conseil d'État a, par l'arrêt Deplanque du 31 mai 1907, complètement abandonné la théorie de la concession contrat *sui generis* qu'il avait adoptée antérieurement et qui avait été formulée en termes très nets par deux arrêts l'un du 15 juillet 1881 (Syndic de la faillite de la Compagnie d'Orléans), l'autre du 11 janvier 1884 (Level).

La conséquence de ces arrêts et des conclusions du commissaire du Gouvernement, M. Gomel, étaient les suivantes. L'acte de concession est un contrat rigide; aucune modification ne peut y être apportée par les parties. L'Administration ne peut pas modifier l'organisation du service — ce serait violer le contrat de concession —; elle ne peut pas non plus, lorsque le concessionnaire n'exécute pas ses obligations, demander des dommages-intérêts comme le prescrit le Code Civil, à moins que le contrat de concession ne prévoie explicitement le cas. Le contrat de concession se suffit à lui-même. Il doit être interprété sans qu'il soit besoin de faire appel aux principes généraux du Code Civil. Accorder des dommages-intérêts dans un cas où les parties ne les ont pas prévus, ce serait ajouter à leur volonté (1).

(1) Voici le texte même d'une partie des conclusions de M. Gomel :
• Tous les rapports que le contrat de concession peut faire naître entre le concessionnaire et l'autorité concédante se trouvent régis par la convention intervenue avant la concession et par le cahier des charges qui est l'annexe de cette convention. Il n'est pas plus permis à la partie

Cette théorie adoptée par le Conseil d'État en 1881 et en 1884 est aujourd'hui rejetée et la juridiction administrative est complètement revenue sur son interprétation. L'arrêt Deplanque de 1907 reconnaît que la partie contractuelle de la concession doit être régie par les prescriptions du Code Civil. En particulier, si l'une des parties commet une infraction à ses obligations et si aucune clause pénale n'a été stipulée dans le contrat pour cette infraction, des dommages-intérêts sont dus par la partie en faute comme le prescrit l'article 1142 du Code Civil.

Pour ce qui est de la partie réglementaire de la concession les décisions de jurisprudence qui viennent à l'appui de notre thèse sont encore plus caractéristiques, si possible, parce qu'elles sont plus anciennes.

A titre d'exemples, nous allons examiner quelques-uns des cas où le pouvoir réglementaire a été exercé par l'Administration à l'égard d'un concessionnaire et est venu ainsi apporter, par répercussion, une modification au contrat que contient toute concession.

concedante de chercher à modifier postérieurement les clauses du cahier des charges que le concessionnaire n'a le droit de se soustraire aux stipulations contenues dans ce cahier. Le cahier des charges est le contrat, il fixe les engagements réciproques, il énumère les droits et les obligations des deux parties et aucune d'elles ne peut y apporter la moindre dérogation.»

Il est à remarquer que le commissaire du Gouvernement établit bien une distinction entre la convention proprement dite et le cahier des charges. Mais pour lui le cahier fait partie de la convention; il est immuable comme elle.

CHAPITRE II

Pouvoirs réglementaires de l'Administration sur les services concédés.

Le cahier des charges règle les droits et les obligations des parties. Chacune d'elles peut exiger, aux conditions prévues dans le contrat, l'exécution des obligations que la partie adverse s'est engagée à exécuter. Ce sera, par exemple, l'Administration qui exigera d'une compagnie de chemin de fer, la circulation sur une ligne du nombre de trains stipulé au cahier des charges ou une commune qui contraindra une compagnie du gaz à éclairer les voies publiques dans les conditions prévues au cahier des charges. De son côté, le concessionnaire sera fondé à faire valoir les droits qu'il tient de son contrat.

Mais alors que l'entrepreneur ne possède que des droits, l'Administration, en plus de ses droits, tient de la loi des pouvoirs de réglementation qu'elle pourra exercer à l'égard du concessionnaire comme à l'égard de tous les administrés. Il semble qu'il y ait là quelque chose d'exorbitant et il est permis de se demander ce que va devenir un concessionnaire dont le contrat risque d'être bouleversé par celui-là même avec qui il a contracté. Mais il importe de se rassurer. Le pouvoir

réglementaire n'est pas illimité et son exercice est soumis à certaines règles établies par la doctrine et par la jurisprudence. Sans parler de son domaine qui est plus particulièrement la police, il a paru sage d'enfermer les prérogatives des administrateurs dans d'étroites limites. C'est un principe de notre droit public que le pouvoir réglementaire repose sur un texte, c'est-à-dire que l'Administrateur ne peut en user que dans les cas et pour les cas où un texte de loi le lui permet.

« L'administrateur, dit M. Berthélemy, qui ne peut pas me montrer le texte où il puise l'autorité dont il se dit armé ne peut rien exiger de moi... Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extra-légal n'est qu'arbitraire et despotisme. » (1). Tel est le principe ; dans son application, il peut présenter des difficultés. Dans ce cas, le juge ou l'administrateur doit, s'il veut connaître l'étendue des pouvoirs conférés par le législateur, interpréter le texte, source du pouvoir réglementaire. Cette interprétation n'est plus alors celle d'un contrat, mais celle d'un acte unilatéral. Il ne s'agit pas de rechercher une volonté moyenne qui puisse représenter la volonté commune de deux ou de plusieurs contractants, mais bien d'interpréter une seule volonté, celle du législateur.

(1) *Revue du droit public*, 1904, p. 227,

Lorsque l'auteur du règlement dépasse les pouvoirs que lui a donnés le législateur, un recours est ouvert à l'administré, contre cette violation de la loi, devant le Conseil d'État. En outre, des règles de compétence, de forme et surtout de but sont imposées aux administrateurs. C'est dans l'intérêt du public, que des pouvoirs spéciaux ont été accordés à l'Administration. Toute mesure qui n'aurait pas pour objet l'intérêt général mais l'intérêt de telle ou telle catégorie de citoyens ou même l'intérêt de l'État devrait être considérée comme arbitraire et illégale. Il appartiendrait alors au Conseil d'État, saisi par tout intéressé, de démasquer le détournement de pouvoir et d'annuler l'acte incriminé.

Les concessionnaires, comme tous les administrés, sont donc garantis contre l'arbitraire administratif par la justice des tribunaux, en particulier du Conseil d'État. Mais si le règlement ou l'arrêté est régulièrement pris, s'il n'est entaché d'aucun vice de forme et surtout s'il est conforme à la loi, que pourra faire un concessionnaire lorsque l'Administration lui causera un réel dommage. Le concessionnaire, ne l'oublions pas, est vis-à-vis de l'Administration dans une situation particulière, garantie par un contrat, et l'exercice du pouvoir réglementaire pourra avoir pour conséquence une aggravation des charges qu'il supporte. Dans ce cas une question se pose immédiatement?

Le concessionnaire doit-il supporter seul les conséquences du nouveau règlement? Ne peut-il pas, au contraire, se retourner vers le Conseil de Préfecture, juge du contrat (1), et se faire allouer une indemnité pour le préjudice qui lui est ainsi causé.

La jurisprudence a donné à ce sujet quelques solutions dont nous allons nous efforcer d'offrir un rapide aperçu.

L'intervention de l'autorité administrative peut se manifester à l'égard d'un concessionnaire d'une manière directe ou indirecte. L'intervention sera directe quand le règlement ou l'arrêté visera spécialement et exclusivement le concessionnaire : tel est le cas d'un préfet qui impose à une compagnie de tramways un nombre de trains par jour supérieur au chiffre prévu par le cahier des charges. L'intervention sera indirecte quand le règlement devra être observé par l'universalité des citoyens d'une circonscription administrative, Commune, Département ou État; par exemple une commune établit des droits d'octroi sur des matières nécessaires au concessionnaire qui lui fournit son gaz. Dans ce cas, il n'y a pas modification au cahier des charges comme pour l'augmentation du nombre des trains d'un chemin de fer, mais il n'en résulte pas moins que le règlement

(1) En vertu de la loi du 28 Pluviôse an VIII, le Conseil de Préfecture est compétent pour juger, en premier ressort, les contestations qui sont soulevées par l'interprétation des marchés de travaux publics,

d'octroi modifie les conditions dans lesquelles avait été passé le contrat entre la commune et son fournisseur de gaz. De même il y a modification indirecte au contrat de concession, quand une commune accorde un monopole à son concessionnaire pour la distribution de la lumière et qu'elle accorde ensuite à d'autres entrepreneurs la permission de faire concurrence au concessionnaire. Le changement apporté au contrat de concession est d'autant plus facile à saisir, quand il s'agit d'une concession d'éclairage, que le monopole du concessionnaire repose exclusivement sur le contrat passé entre l'Administration et lui.

Dans chacun des cas que nous examinerons, nous étudierons deux questions :

1^o Le fait qu'un contrat a été passé entre l'Administration et le concessionnaire peut-il entraver l'exercice des pouvoirs de l'Administration, autrement dit l'acte unilatéral d'un administrateur est-il conforme à la loi et ne doit-il pas être annulé?

2^o Si l'acte est valable quelles répercussions est-il susceptible d'entraîner pour le contrat?

§ 1. — ÉTABLISSEMENT DE TAXES D'OCTROI.

Un entrepreneur traite avec une commune en vue de l'aménagement et de l'exploitation d'un service d'éclairage au gaz, par exemple. Il accepte les conditions qui lui sont faites par l'autorité communale et organise le service aux conditions prévues par le cahier des charges. Puis, lorsque le service fonctionne, la commune établit des taxes d'octroi sur des matières qui sont nécessaires à ce concessionnaire. Que peut faire ce dernier en présence de cette manifestation de la puissance publique? Une semblable mesure peut, dans certains cas, porter une grave atteinte à son industrie et modifier singulièrement les conditions prévues par le contrat pour l'exploitation du service d'éclairage.

Comme nous l'avons exposé précédemment à propos du pouvoir réglementaire en général, le concessionnaire devra examiner si les taxes ont été légalement établies. Si, comme nous le supposons, aucun des actes administratifs qui ont contribué à l'établissement de ces taxes n'est entaché d'un vice de forme ou d'incompétence ou n'a été pris en violation de la loi (1) aucun recours n'est possible devant le Conseil

(1) Le décret du 12 février 1870, dans son article 8, dispose : « Les combustibles et les matières premières à employer dans les établissements industriels et dans les manufactures de l'État sont admis à l'entrepôt à domicile ». Le concessionnaire qui use de matières premières

d'État. Le concessionnaire devra-t-il donc s'exécuter et payer à la commune des droits pour des matières qui ont fait, en partie, l'objet d'un contrat qu'il a passé avec cette commune? Pourtant la commune qui a contracté est le même organisme que celui qui établit des droits d'octroi. Quelque différence qu'on puisse faire, en théorie, entre la personnalité morale et la puissance publique, il n'en est pas moins vrai qu'il y a un lien très intime entre la commune qui contracte et l'autorité municipale qui réglemente. Il est donc logique que, si le concessionnaire s'estime lésé par l'établissement des droits d'octroi et s'il croit tenir quelque droit de son contrat, il puisse s'adresser au Conseil de Préfecture pour lui demander non la cessation comme dans le cas du recours pour excès de pouvoir mais la réparation du préjudice causé. Le Conseil de Préfecture devra alors rechercher quelle a été l'intention des parties relativement à la perception des taxes *au moment où le contrat a été passé.*

imposées à l'octroi a donc le droit d'entrer en franchise ses marchandises dans la ville, quitte à payer les droits sur les objets manufacturés. Si les autorités communales s'y opposent, il peut faire annuler leur décision de refus en intentant un recours devant le Conseil d'État sous le chef de violation de la loi. Tel est le premier moyen de défense qui peut être employé contre l'Administration.

Ce même article 8 du décret de 1870 permet aussi au concessionnaire d'obtenir décharge des droits d'octroi pour les combustibles et matières premières employés à la fabrication de produits qui ne sont eux-mêmes frappés d'aucun droit d'octroi; les droits ne seront payés que pour les objets qui ne sortiront pas de la localité. L'autorité judiciaire est alors compétente pour prononcer la décharge des droits indûment perçus,

Quoiqu'il s'agisse de l'interprétation de volontés particulières essentiellement variables, la jurisprudence administrative a pu dégager certaines règles d'interprétation. Il faut tout d'abord distinguer suivant que les parties ont prévu ou non l'établissement ou l'augmentation des taxes d'octroi.

I. — Les parties ont prévu par une clause spéciale l'établissement ou l'augmentation des taxes d'octroi.

Dans ce cas, la solution est relativement facile; il n'y a qu'à appliquer les stipulations contractuelles. Par conséquent, si une commune s'est engagée à exempter son concessionnaire du paiement des droits d'octroi sur les matières qui servent à la fabrication du gaz, le concessionnaire est fondé à demander le remboursement, avec les intérêts du jour de la demande, des sommes qui ont été perçues en violation de son traité.

Naturellement si un contrat est renouvelé sans modifications et si les taxes d'octroi ont été augmentées au cours du traité précédent, le concessionnaire est censé avoir accepté l'état de choses existant (1).

Conseil d'État, gaz d'Aurillac, 1^{er} mai 1896.

II. — Les parties n'ont pas prévu l'établissement ou l'augmentation des taxes d'octroi.

L'interprétation de la volonté des parties est plus

(1) Conseil d'État, Commune de Mamers, 28 décembre 1894. Même solution à propos d'un entrepreneur de travaux publics, Compagnie générale des Asphaltes, 6 février 1891.

délicate que dans l'hypothèse précédente. C'est ce qui explique les hésitations et les revirements de la jurisprudence. Le Conseil d'État fait actuellement une sous-distinction.

1^o Lorsque le contrat a été passé, aucune taxe d'octroi n'était perçue par la commune.

La compagnie concessionnaire a, alors, droit à être dédommée du paiement des taxes perçues et le remboursement doit lui en être effectué par la commune. « Considérant, dit le Conseil d'État, qu'il résulte de l'instruction qu'à l'époque où la compagnie requérante a conclu avec la municipalité de Montluçon un traité pour l'éclairage de la ville... aucune taxe n'était établie sur le charbon; *que c'est en tenant compte de cet état de choses que les parties contractantes sont convenues des prix fixés par le traité...*; que dans ces conditions, la ville de Montluçon n'a pu, sans porter atteinte au traité qu'elle avait passé, exiger de la Compagnie du gaz le paiement d'une taxe d'octroi frappant une matière première employée à la fabrication du gaz et que, dès lors, la société requérante est fondée à demander la restitution des droits exigés d'elle... » (1)

Cet arrêt est l'application d'une jurisprudence solidement établie.

(1) Conseil d'État, Gaz de Montluçon, 9 avril 1897.

2º Lorsque le contrat a été passé, des taxes d'octroi étaient perçues par la commune.

Il s'agit alors de l'augmentation des taxes d'octroi et la question est, si possible, plus délicate que dans le paragraphe précédent. En faveur de la commune on peut dire que, puisque la fourniture était déjà taxée lors de la passation du contrat, le concessionnaire savait que le taux de la taxe pourrait être modifié par l'autorité administrative. Il n'avait qu'à prendre ses précautions et à faire insérer, dans le traité, une clause l'exonérant du paiement des taxes en lui permettant d'en obtenir le remboursement dans la mesure où elles seraient augmentées. Si le concessionnaire n'a rien fait, son silence doit s'interpréter contre lui. L'établissement de taxes d'octroi est un acte d'autorité de la part de l'administration et la puissance publique doit toujours être liée le moins possible (1).

Le concessionnaire, de son côté, peut faire valoir que l'indemnité qu'il demande a pour base un contrat passé entre la commune et lui et qu'il n'est pas juste qu'un des contractants soit imposé par la volonté de l'autre. D'autant plus que les entrepreneurs de service public ne sont pas dans la même situation que les industriels ordinaires. Le maximum des taxes à percevoir sur le public est toujours fixé dans l'acte de concession et les concessionnaires ne peuvent, en les

(1) Voir conclusions de M. Romieu dans l'affaire Bardy. Cons. d'État : 29 décembre 1905.

majorant, rejeter sur le public les impôts dont les charge la puissance publique.

Prise ainsi entre deux courants contraires, la jurisprudence du Conseil d'État a quelque peu oscillé et semble avoir donné des solutions différentes suivant qu'il s'agissait d'entrepreneurs ou de concessionnaires de travaux publics.

Les entrepreneurs qui s'adressèrent à la juridiction administrative virent, finalement, leurs prétentions acceptées par le Conseil d'État :

Ville de Tarascon, 12 août 1854.

Seine et consorts, 27 novembre 1856.

Jacquot et Cordillat, 17 janvier 1873 (1).

Néanmoins un arrêt du 11 mars 1892 (ville de Nîmes contre Ormières) annula la décision du Conseil de Préfecture qui accordait une indemnité à l'entrepreneur. Cet arrêt est isolé; la jurisprudence anté-

(1) La solution que nous exposons est celle qui ressort des considérants du Conseil d'État. A vrai dire il n'est pas expressément mentionné, dans les arrêts précités, que des taxes d'octroi étaient déjà établies lors de la passation du contrat; mais, à la lecture, il semble bien que telle devait être la situation : « Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il est reconnu, d'ailleurs, par notre ministre des Travaux publics que, *d'après le devis*, les matériaux de l'entreprise ne devaient pas être soumis aux droits d'octroi; que le paiement de ces droits n'est pas entré comme élément dans la composition du prix du sous-détail... » (Seine et consorts Lebon, p. 670). Le texte des autres arrêts est analogue.

Il nous a, malheureusement, été impossible de retrouver les décisions attaquées des Conseils de Préfecture, la « Jurisprudence des Conseils de Préfecture » ne paraissant que depuis 1876.

rière fut de nouveau appliquée le 27 décembre 1895 (Silvestre et Rosazza).

Pour les concessionnaires la jurisprudence administrative se montra plus rigoureuse dans les arrêts : *gaz de Vazemmes* (17 avril 1874) et *Union des gaz* (7 août 1883). Mais le Conseil d'État revint sur cette sévère interprétation et par *l'arrêt Bardy* du 29 décembre 1905 il accorda une indemnité à une compagnie gazière qui avait subi un préjudice par suite de l'élévation, en cours du marché, des taxes d'octroi. M. le Commissaire du Gouvernement faisait bien ressortir, dans ses conclusions, les dangers que créait la divergence de jurisprudence suivant qu'il s'agissait de création ou d'élévation de taxes. « N'est-il pas dangereux, déclarait-il, de laisser les communes plus libres lorsqu'elles établissent des surtaxes que lorsqu'elles créent des droits d'octroi ? Pour une création de droits d'octroi, il faut au moins obtenir un décret en Conseil d'État ; pour une surtaxe, les Conseils municipaux peuvent souvent l'établir tout seuls ».

Si on admettait la liberté des communes de surtaxer leurs concessionnaires sans les indemniser, ce serait permettre à un contractant de ruiner l'autre partie selon son bon plaisir. Il n'y aurait plus aucune sécurité pour les entrepreneurs qui n'ont pas pris leurs précautions lors de la rédaction du contrat. Et M. Romieu terminait ses conclusions par un exposé magistral de la théorie qu'il proposait : « La puis-

sance publique peut toujours dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi prendre les mesures d'autorité, réglementaires ou fiscales, qu'elle estime nécessaires en vue des besoins de la vie collective auxquels elle est chargée de pourvoir ; mais si ces mesures, légales et légitimes en elles-mêmes, aggravent d'une manière directe les charges des contrats passés par elle pour l'exécution de ses services publics avec ses entrepreneurs, ses fermiers, ses concessionnaires, dans des conditions ou des proportions qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes, elle doit en supporter les conséquences pécuniaires, *comme cela aurait lieu si elle exécutait elle-même le service* ». En conséquence le concessionnaire peut demander une indemnité à la commune lorsque, par le fait de cette dernière, l'exécution de ses charges est rendue plus onéreuse. Pour que les deux contractants soient traités sur un pied d'égalité, on doit admettre également qu'il est possible à la commune d'obtenir à son profit la revision du contrat lorsqu'elle abaisse ou supprime les taxes d'octroi.

§ 2. — ATTEINTES AU MONOPOLE DES CONCESSIONS
D'ÉCLAIRAGE.

Les concessions d'éclairage présentent une caractéristique particulière, ce sont des industries monopolisées. Le service public n'est pas nécessairement l'objet d'un monopole (1). Le transport des colis postaux, le recouvrement par la poste des effets de commerce et des abonnements aux journaux, les opérations de la Caisse d'épargne, le service de l'enseignement par exemple, ne sont pas effectués par l'Administration seule. En ce qui concerne les chemins de fer et les tramways, le principe de la concurrence est même nettement posé dans les cahiers des charges-types (2). Sans doute il pourra être dérogé aux stipulations contenues dans ces cahiers. Il n'en reste pas moins que, pour les services de transport, la dérogation devra être formelle ; la concurrence est la règle, le monopole l'exception.

(1) Nous entendons par service public tout service qui est rendu par l'Administration dans l'intérêt du public et suivant des formes particulières.

Voir à propos des caractéristiques du service public : Jèze. *Revue du droit public*, 1913.

(2) Chemins de fer d'intérêt général, art. 60 du cahier des charges. Tramways, art. 43 du cahier des charges-type approuvé par le décret du 6 août 1881.

Chemins de fer d'intérêt local, art. 8 loi du 11 juin 1880 : « Aucune concession ne pourra faire obstacle à ce qu'il soit accordé des concessions concurrentes à moins de stipulation contraire dans l'acte de concession ».

Ces stipulations des cahiers des charges sont facilement compréhensibles. Sans parler des dangers et des abus que peuvent susciter les monopoles et sans empiéter sur le domaine de l'économie politique, il est facile d'expliquer la rédaction des cahiers en se plaçant sur le terrain strictement juridique. L'acte de concession implique l'intervention de la puissance publique et la puissance publique est astreinte à un minimum de responsabilité. Elle doit donc se lier le moins possible par contrat, et, en cas de doute, les clauses contractuelles relatives à un monopole doivent être interprétées dans un sens restrictif. Pour cette raison, la première attitude de la jurisprudence administrative fut de ne reconnaître aucun monopole aux concessionnaires en l'absence de clause formelle du cahier des charges. Aucune indemnité ne fut accordée à des concessionnaires de ponts à péage à raison d'entreprises concurrentes autorisées par l'administration (1). Sans doute, la jurisprudence revint sur cette interprétation (2). Une telle rigueur était trop contraire sinon au texte du moins à l'esprit des contrats. Mais, leurs contrats ayant été mal rédigés, les premiers constructeurs de ponts supportèrent les

(1) Conseil d'État : Liébaut, 3 mars 1837; Labat de Savignac, 8 août 1840; Comp. des trois ponts, 17 janvier 1846.

(2) Broussignac, 12 mai 1835; Guérin, 1^{er} avril 1869. Voir surtout, en note du recueil, la circulaire du ministre des Travaux publics du 11 septembre 1858.

conséquences de cette interprétation strictement juridique (1).

Semblable mésaventure n'était pas arrivée aux concessionnaires d'entreprises d'éclairage par le gaz. Ceux-ci possèdent, sur le domaine public, une situation particulière. Pour pouvoir occuper la portion du domaine qui est nécessaire à la pose des conduites de gaz, ils sont obligés de demander à l'administration, la permission de s'établir sur le sol de la voie publique. Cette permission est appelée permission de voirie; elle doit être demandée par tous les occupants du domaine public dont l'occupation modifie l'assiette du domaine. Les compagnies de tramways, les compagnies des eaux sont, à cet égard, dans la même obligation que les concessionnaires de gaz. A première vue, il peut sembler que la situation des gaziers obligés de partager la voie publique avec d'autres concessionnaires, ne soit guère propre à l'établissement d'un monopole. Tel n'est pourtant pas le cas et les concessionnaires d'éclairage, usant avec habileté de la situation qui leur était créée, parvinrent à se faire conférer d'une manière détournée un monopole pour la fabrication et la distribution du gaz. Ils ne pouvaient obtenir directement un monopole de vente ou de fabrica-

(1) Naturellement, si le contrat de concession contient explicitement la reconnaissance d'un monopole au profit d'un concessionnaire, une indemnité est accordée à ce dernier lorsque son contrat est violé.

Conseil d'Etat : Rognonas, 26 mai 1853; ministre des Travaux publics, 22 février 1889; Pont de Drac, 7 août 1891.

tion du gaz; pour créer un tel monopole, il aurait fallu une loi comme pour la fabrication des allumettes, du tabac, de la poudre et des cartes à jouer. Ils arrivèrent au même résultat d'une manière indirecte. La permission de voirie, nécessaire pour occuper le sol de la voie publique, est accordée par l'administration quand celle-ci le juge à propos. L'autorité, maîtresse du domaine, possède un pouvoir *discrétionnaire* pour accorder ces permissions (1). Les compagnies du gaz firent donc insérer dans le contrat de concession une clause d'après laquelle la commune contractante s'interdisait d'accorder à des entrepreneurs concurrents les permissions de voirie qui leur auraient permis d'installer des canalisations dans le sol de la voie publique. Au concurrent qui sollicitait des autorités communales la permission de poser des canalisations dans les rues, il était répondu par un refus. Contre cette décision de rejet aucun recours n'était possible; que l'autorité communale refuse l'autorisation demandée parce qu'elle s'y est engagée vis-à-vis d'un concessionnaire ou qu'elle la refuse parce qu'elle estime que l'intérêt public ne justifie pas une pareille demande, peu importe; le particulier n'a aucun droit

(1) Par pouvoir discrétionnaire, il faut entendre un pouvoir dont l'exercice n'est soumis à aucune règle de fond. Ce qui ne veut pas dire que, *une fois exercé*, ce pouvoir ne puisse créer une situation légale au maintien de laquelle des particuliers aient droit. La permission de voirie lorsqu'elle a été accordée, ne peut être retirée au permissionnaire que dans certaines conditions,

à faire valoir à l'encontre de l'administration. Ainsi, grâce à leur contrat, les compagnies du gaz avaient seules le droit d'obtenir des permissions pour la pose de tuyaux sous les voies publiques en vue de l'éclairage. Par ce procédé elles obtenaient également un monopole en vue de la distribution du gaz aux particuliers, aucun service un peu étendu d'éclairage ne pouvant être organisé sans emprunter la voie publique.

L'établissement d'un tel monopole a été et est encore vivement critiqué. Supprimant toute concurrence, le monopole crée au concessionnaire une situation privilégiée qu'il n'a aucun besoin d'améliorer. Pour peu que la concession ait une assez longue durée, l'entrepreneur peut se considérer comme le maître absolu du service public qu'il gère à son gré si l'administration ne surveille pas son exploitation (1).

M. Hauriou dans un article du premier numéro de la *Revue du droit public* l'a fort pittoresquement comparé à un seigneur féodal, maître absolu de ses sujets : « Le seigneur féodal, dit M. Hauriou, n'avait point le monopole de la vente du pain, mais il avait un four, le four banal, et tous ceux qui voulaient faire du pain étaient obligés de le faire cuire à ce four en payant redevance. Le concessionnaire de lumière n'a pas, lui non plus, le monopole de la vente de la

(1) Les concessions d'éclairage sont généralement accordées pour un laps de temps assez court. M. Hauriou en cite une, pourtant, celle de la ville de Nantes, qui devait durer 60 ans,

lumière, mais il tient la rue par laquelle seule peut se faire la distribution de lumière, et ceux qui veulent de la lumière sont obligés de lui en demander et de payer une redevance qui dépasse le prix marchand. La rue est devenue banale, dans le vieux sens du mot, dans le sens du four banal, du moulin banal, c'est-à-dire abusive et oppressive » (1).

Si les inconvénients de ce monopole sont frappants, il n'en faut pas moins reconnaître qu'il résulte d'une nécessité pratique. Pour l'éclairage d'une ville une seule entreprise d'éclairage est utile. A quoi bon, alors, en concéder plusieurs. Non seulement des concessions multiples pourraient nuire au bon aménagement du domaine public par les travaux de toutes sortes que nécessiteraient leurs installations mais les concessionnaires étant en petit nombre arriveraient toujours à s'entendre et à organiser leurs services comme s'ils ne formaient qu'une seule entreprise. Les prix de vente ne baisseraient pas, bien au contraire. L'exemple des villes américaines est là pour nous prouver que le principe de la concurrence est d'une application impossible dans certaines industries; les entreprises d'éclairage sont de ce nombre (2).

D'ailleurs quelles que soient les objections qu'on

(1) *Revue de droit public et de science politique*, 1894, t. I, p. 84.
« Dangers des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique ».

(2) E. Pilon, *Monopoles communaux*, p. 44.

puisse élever contre l'établissement de ce monopole, ces objections n'ont qu'un intérêt théorique, car aujourd'hui la jurisprudence est définitivement fixée sur ce point. Par deux arrêts du 26 décembre 1891 (Sirey, 1894-3, p. 1), *Compagnie du gaz de Saint-Elienne contre Ville de Saint-Elienne* et *Compagnie du gaz de Monlluçon contre Ville de Monlluçon*, le Conseil d'État a décidé que : « si les communes ne peuvent constituer au profit d'un tiers le monopole de l'éclairage privé, il leur appartient, pour assurer sur leur territoire le service de l'éclairage tant public que particulier, de s'interdire d'autoriser ou de favoriser sur le domaine municipal tout établissement pouvant faire concurrence à leur concessionnaire. »

Ce considérant reproduit dans de nombreux arrêts postérieurs semble être l'expression définitive de la jurisprudence. Il est l'aboutissant logique d'arrêts antérieurs du Conseil d'État : Longueville, 20 mai 1881, Ville de Maubeuge, 12 juin 1891 (1). La Cour de Cassation a donné une solution à peu près identique le 8 août 1883 : « Attendu que... si les communes, pour assurer l'éclairage par le gaz d'une ville, *peuvent s'interdire*, dans les traités qu'elles souscrivent à cet effet, de conclure des traités de même nature avec d'autres producteurs... »

(1) Le Conseil d'État avait statué dans le même sens le 17 novembre 1882, à propos d'une concession d'eau,

Il faut remarquer que le Conseil d'État a nettement distingué le monopole légal du monopole de fait garanti seulement par le contrat passé entre une ville et son concessionnaire : les communes ne peuvent constituer de monopole au profit d'un tiers, mais il leur appartient de s'interdire *par contrat* d'autoriser des entreprises concurrentes (1).

Les compagnies du gaz étaient donc arrivées à obtenir un monopole uniquement par le fait qu'elles étaient seules autorisées à établir des canalisations dans la voie publique en vue de l'éclairage. Un tel monopole fondé uniquement sur un contrat est-il intangible? Les communes ne peuvent-elles pas accorder à des entreprises concurrentes les permissions de voirie leur permettant de s'installer sur la voie publique? Les autorités communales ne s'en firent pas faute et principalement vers 1890, moment où l'éclairage électrique commença à entrer dans le domaine pratique, les contestations entre les villes et leurs concessionnaires de gaz furent extrêmement fréquentes. Que peut faire un concessionnaire lorsqu'une commune viole l'engagement qu'elle a pris envers lui, de ne pas lui susciter de concurrence? Peut-il demander l'annulation de la permission accordée à ses concurrents? Une telle demande

(1) Sirey, 1884.1.267. Même solution à propos d'un concessionnaire du poids public le 3 mai 1881 et au sujet d'une concession d'eau le 25 juillet 1882.

n'aurait aucune chance de succès. La délivrance d'une permission de voirie, comme nous l'avons expliqué précédemment, est un acte d'autorité qui ne peut être attaqué en vertu d'un droit basé sur un contrat. De plus, la permission étant accordée d'une manière discrétionnaire par l'Administration, aucun recours n'est permis aux particuliers qui ont à souffrir de l'octroi d'une nouvelle permission (1).

En résumé la délivrance d'une permission de voirie à un particulier est parfaitement licite alors même que l'Administration qui accorde la permission, s'est engagée par contrat envers un autre particulier à ne pas accorder de permissions. La permission de voirie, acte unilatéral de la puissance publique, est indépendante de tout contrat. Ces deux actes juridiques sont entièrement distincts. La délivrance d'une permission est un acte... le contrat en est un autre. Chacun d'eux obéit à des règles propres qu'il est important de ne pas confondre (2).

(1) Sauf, naturellement, le recours qui serait fondé sur un vice de forme de l'acte ou sur l'incompétence du fonctionnaire qui aurait accordé la permission. Rien du reste, n'empêcherait l'Administration en cas d'annulation de l'acte, d'accorder de nouveau la même permission en respectant, cette fois, les règles de forme et de compétence.

(2) C'est ce que rappelle la circulaire des ministres de l'Intérieur et des Travaux publics du 15 août 1893 : « Les permissions de voirie sont délivrées par l'autorité qui administre les voies auxquelles elles s'appliquent. La compétence résulte du classement de ces voies. Les contrats de concession, au contraire, relèvent de l'autorité dans l'attribution de laquelle sont placés, à raison de leur nature, les services qui font l'objet de ces concessions. La compétence résulte ici de la nature des services ».

Sirey : lois annotées 1894, p. 657.

Lorsqu'une commune accorde à des particuliers les permissions de voirie qui leur permettront de faire concurrence à son concessionnaire, une seule ressource s'offre à ce dernier s'il s'estime lésé : s'adresser au juge du contrat, le Conseil de Préfecture, et, arguant de la violation de son contrat, se faire accorder une indemnité en raison du préjudice que lui cause la concurrence. La question, remarquons-le, ne porte plus alors que sur l'interprétation des stipulations contractuelles et les conclusions auxquelles aboutit la partie demanderesse ne sont pas la cessation du dommage, mais l'obtention d'une indemnité.

Les juges administratifs se trouvèrent au début quelque peu embarrassés. Pris entre le désir de faciliter le développement d'un nouvel éclairage dans les villes, et celui de respecter la situation financière des concessionnaires, leurs solutions furent parfois contradictoires. Les problèmes soulevés étaient multiples et les contrats de concession ne les prévoyaient qu'imparfaitement. La jurisprudence fut donc obligée de créer des solutions plus ou moins hardies et d'interpréter des contrats trop laconiques, au mieux des intérêts des parties (1).

Les difficultés d'interprétation peuvent être classées en trois catégories :

(1) Nous exposons, comme nous l'avons fait à propos des octrois, les grandes règles d'interprétation du contrat auxquelles s'est arrêtée la jurisprudence.

1^o Le monopole, conféré aux gaziers, comprend-il également l'éclairage privé et l'éclairage public?

2^o Le monopole conféré par une commune, s'étend-il sur tout le territoire de cette commune?

3^o Le monopole comprend-il tous les genres d'éclairage ou seulement l'éclairage par le gaz?

1^o Le monopole comprend-il l'éclairage public et l'éclairage privé?

Le monopole étant contraire au principe de la liberté du commerce, liberté sur laquelle repose notre régime civil, il semble qu'il doive être interprété strictement; la commune s'engage vis-à-vis d'un concessionnaire à ne brûler que de son gaz, elle s'engage même à brûler une certaine quantité de gaz par jour, soit; mais les particuliers eux ne sont pas engagés, ils restent libres de s'adresser pour leur éclairage à qui bon leur semble. C'est la doctrine qu'avaient admise certains Conseils de Préfecture et des tribunaux civils (1). La Cour d'Orléans le 20 mars 1882 déclarait : « Attendu qu'il est trop évident... que le maire est... sans action sur le mode d'éclairage des particuliers, si ce n'est dans un intérêt de police et que la Compagnie ancienne ne saurait prétendre aucun privilège à cet égard; que cette considération achève de montrer que le monopole d'éclairage concédé aux demandeurs, c'est le monopole de *l'éclairage*

(1) Conseil de Préfecture de la Loire, 3 février 1888.

public dans toutes les rues et places de la ville de Tours sans distinction; que tel est le *seul privilège* qu'ils puissent revendiquer contre la société concurrente et que prétendre interdire l'usage de la nouvelle canalisation pour la distribution du gaz serait... porter atteinte à la liberté de l'éclairage particulier... »

Tel ne fut pas l'avis du Conseil d'État qui décida par deux arrêts du 26 décembre 1891 que : « si les communes ne peuvent constituer au profit d'un tiers le monopole de l'éclairage privé, il leur appartient pour assurer sur leur territoire le service de l'éclairage, *tant public que particulier* de s'interdire d'autoriser ou de favoriser sur le domaine municipal tout établissement pouvant faire concurrence à leur concessionnaire » (1). Ce considérant reproduit dans de nombreux arrêts postérieurs semble être, sur ce point, l'expression définitive de la jurisprudence.

2^o Néanmoins, certains arrêts précités faisaient une distinction entre la grande et la petite voirie. Si l'autorité municipale peut accorder des concessions sur la petite voirie, elle ne peut empêcher le préfet d'autoriser des entreprises concurrentes sur la grande voirie où il est maître (2). C'est alors qu'in-

(1) Compagnie du gaz de Saint-Étienne; compagnie du gaz de Mont-luçon, Sirey, 1894.3.1. Ces deux arrêts sont la suite logique d'arrêts antérieurs du Conseil d'État, l'un du 20 mai 1881, Longueville, l'autre du 12 juin 1891, ville de Maubeuge.

(2) Conseil d'État, 22 juin 1888 et à propos d'une concession d'eau, 17 novembre 1882.

tervint, le 22 juin 1882, une circulaire du ministre des Travaux publics. Trouvant les droits des concessionnaires insuffisamment garantis, le ministre rappelait aux préfets que « l'Administration ne doit pas paraître se prêter à ce que des tiers, sur lesquels ne pèse aucune des charges imposées aux sociétés concessionnaires des distributions municipales d'eau ou de gaz, puissent compromettre l'économie des conventions passées entre elles et les villes » (1). Le ministre invitait en conséquence les préfets à prendre l'avis de l'Administration centrale, avant d'accorder des permissions sur la grandevoirie. Enfin, à partir de 1889, le ministre prescrivit aux préfets de ne délivrer de permissions qu'aux communes ou aux concessionnaires auxquels la municipalité avait accordé un avis favorable. Une telle manière d'agir écartait, par une voie détournée, les entreprises concurrentes car les municipalités ne pouvaient donner un avis favorable sans engager leur responsabilité vis-à-vis de leur concessionnaire (2).

Les compagnies d'éclairage par l'électricité, mécontentes du sort qui leur était ainsi fait, protestèrent et demandèrent à l'Administration supérieure de rap-

(1) *Revue générale d'administration*, t. III, p. 306. Cette attitude du ministre des Travaux publics favorable aux concessionnaires est à rapprocher de celle de son prédécesseur en 1858. A cette date, le ministre reconnaissait aux concessionnaires de ponts à péage un monopole de passage sur les cours d'eau sur une étendue de 1.000 mètres aux abords de leur pont (Circularité du 11 septembre 1858).

(2) Conseil d'État : Colette, 10 juillet 1896 ; Auxerre, 30 juillet 1897

porter la circulaire de 1882 et de renoncer à la jurisprudence suivie depuis 1889. Devant ces réclamations, un essai fut tenté par les ministres de l'Intérieur et des Travaux publics pour résoudre définitivement toutes les difficultés. Une commission spéciale fut constituée et sa décision fut approuvée par le Conseil d'État (avis des sections réunies de l'Intérieur et des Travaux publics du 27 juin 1893) : le conseil municipal est exclusivement compétent pour accorder des concessions de lumière (1) sur toute l'étendue de la commune. Les permissions nécessaires pour l'exécution des travaux sur la grande voirie seront accordées à la commune qui les rétrocédera à entrepreneur.

« Les permissions de voirie sont délivrées par l'autorité qui administre les voies auxquelles elles s'appliquent. La compétence résulte du classement de ces voies. Les contrats de concession, au contraire, relèvent de l'autorité dans les attributions de laquelle sont placés, à raison de leur nature, les services qui font l'objet de ces concessions, quelle que soit la catégorie des voies publiques à emprunter. La compétence résulte ici de la nature des services » (2). Par l'effet de cette circulaire les compagnies du

(1) M. Hauriou dans la note précitée fait remarquer la généralité du terme employé. Une concession de lumière comprend tous les modes d'éclairage. Sirey, 1894-3, p. 1.

(2) Circulaire des ministres de l'Intérieur et des Travaux publics du 15 août 1893. *Revue générale d'administration*, 93, t. III, p. 306.

gaz voyaient leur monopole consolidé; une décision du Conseil d'État au contentieux allait encore renforcer leur privilège.

D'après les contrats de concession généralement adoptés, l'entrepreneur avait « le privilège exclusif de placer, dans les rues et terrains de la voirie urbaine, *les tuyaux* destinés à l'éclairage » ou encore la commune s'interdisait « d'autoriser sur la voie publique *toute espèce de canalisation* ayant pour but de faire concurrence au concessionnaire. » (1). Il semblait donc tout naturel de décider que le monopole des compagnies du gaz s'étendait seulement aux canalisations de la voie publique et non aux fils placés au-dessus des rues par les électriciens. Le Conseil d'État n'admit pas cette interprétation et décida que le monopole s'entendait pour tout « établissement » souterrain ou aérien dont le domaine municipal est susceptible (2). Néanmoins, comme c'est le service public seul qui est monopolisé, un particulier peut s'éclairer lui-même et emprunter la voie publique pour y installer une communication entre deux immeubles lui appartenant (3).

3^e La question la plus délicate qu'eut à examiner

(1) Voir Pilon, p. 147.

(2) Conseil d'État, 7 mai 1897, Villeneuve-sur-Lot.

(3) Conseil d'État : Lourdes 25 mai 1900; Metge, 6 juillet 1900; Compagnie française d'éclairage par le gaz, 20 novembre 1903.

De même pour canalisations d'eau, v. Teissier. Responsabilité de la puissance publique.

la jurisprudence est celle qui concerne le genre d'éclairage monopolisé. Le monopole conféré à une compagnie gazière comprend-il tous les genres d'éclairage ou seulement l'éclairage par le gaz? A vrai dire, presque toutes les compagnies gazières avaient prévu la difficulté et fait insérer dans leur contrat une clause dite du *meilleur éclairage* (1). Par cette clause les compagnies stipulaient que si, par suite des progrès de la science, un nouveau procédé d'éclairage venait à être découvert, l'Administration aurait la faculté d'imposer à la compagnie l'adoption du nouveau système dans des conditions déterminées par le contrat. Les gaziers prenaient ainsi des précautions que justifiaient les expériences des années précédentes. L'éclairage par le gaz avait supplanté celui qui employait l'huile et le pétrole. Le gaz pouvait être, à son tour, remplacé par le produit d'une nouvelle invention.

Le monopole des compagnies gazières empiétait sur l'avenir et était susceptible d'avoir pour objet un système d'éclairage totalement inconnu lors de la passation du contrat. Si la ville désirait substituer un nouvel éclairage à celui du gaz, il suffisait de se référer au cahier des charges pour déterminer les conditions d'application du nouvel éclairage.

(1) Quelques compagnies seulement ne prévirent pas les conditions d'application d'un nouvel éclairage. Nous verrons que leur imprévoyance devait amener bien des complications.

rage. Et ces conditions variaient suivant les contrats (1) : la convention passée en 1857 entre la Ville de Saint-Étienne et la compagnie concessionnaire décide que l'Administration aura la faculté d'imposer à la compagnie un nouveau mode d'éclairage s'il vient à être usité à Paris et à Lyon d'une manière générale; du contrat passé entre la compagnie du gaz et la Ville d'Avignon, « il résulte ...qu'en cas de découverte d'un nouveau mode d'éclairage autre que l'éclairage par le gaz, l'Administration s'est réservé le droit de concéder toute autorisation nécessaire pour l'établissement de ce nouveau système au profit des particuliers sans être tenue envers la compagnie à aucune indemnité et que celle-ci a simplement stipulé, à son profit, *un droit de préférence à prix égal* » (2). D'autres fois, la ville s'engage à ne concéder le nouveau mode d'éclairage à une tierce personne que si la compagnie se trouve dans l'impossibilité de s'en charger (3); ou bien le nouveau sys-

(1) Voir notamment Conseil d'État : Montluçon et Saint-Étienne, 26 décembre 1891; Limoges, 11 janvier 1895; La Rochelle, 8 février 1895; Bourg, 8 mars 1895; Jauze et Semur, même date; Nevers, 29 mars 1895; Cambrai, 1895; Cannes 1^{er} mai 1896; Falaise, 7 février 1896; Aubagne, 28 février 1896; Vallauris, 8 mai 1896; Compagnie continentale, 22 mai 1896; Montauban, 12 juin 1896; Colette, 10 juillet 1896; Jeanmaire, 26 novembre 1897; Compagnie générale, même date; Foix, 4 juin 1897; Fécamp, 25 février 1898; Gaz de Normandie, 25 décembre 1898; Foix, 23 janvier 1903; Caudry, 13 mars 1903; Bagnères-de-Bigorre, 20 novembre 1903.

(2) Conseil d'État, Compagnie du gaz d'Avignon, 21 janvier 1898.

(3) Ville de Lille, 26 juillet 1901 (1^{re} espèce). Toutes ces stipulations

tème ne sera imposé à la compagnie que s'il représente de notables économies et est employé dans des villes importantes (1).

Quelques compagnies, cependant, n'avaient pas prévu l'application d'un nouvel éclairage. Aussi lorsque, vers 1890, l'éclairage électrique commença à être utilisé et que les autorités municipales accordèrent aux électriciens les permissions de voirie qui leur permettaient de s'installer sur la voie publique, se trouvèrent-elles prises au dépourvu (2). La jurisprudence administrative se montra fort libérale en leur faveur et leur reconnut un droit à indemnité. Tel fut le cas, de la Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz, concessionnaire de la ville de Compiègne. D'après le texte de l'arrêt du Conseil d'État en date du 26 novembre 1897 et d'après le libellé de l'arrêté du Conseil de Préfecture de l'Oise, il semble bien qu'aucune clause du traité n'ait prévu un autre éclairage que le gaz : « Considérant, dit le Conseil d'État, qu'il résulte des termes mêmes du traité passé entre la Société française de l'éclairage

sont énoncées d'après le texte des décisions du Conseil d'État où elles se trouvent rapportées.

(1) Conseil d'État, Compagnie française d'éclairage au gaz contre ville de Bagnères-de-Bigorre; Compagnie du gaz contre ville de Lourdes, 20 novembre 1903.

(2) Les premières applications pratiques de l'électricité eurent lieu en 1878 (Syndicat Jablockhoff). En 1887 la Ville de Paris songea sérieusement à ce mode d'éclairage et un cahier des charges pour concession fut établi.

rage par le gaz et la ville de Compiègne, que celle-ci a pour son éclairage fait choix du gaz là où il pourrait arriver sans difficultés ou inconvénients, et de l'huile partout ailleurs; qu'en concédant ensuite à ladite Société, *sans restriction ni réserve d'aucune sorte concernant tout autre mode d'éclairage* pendant l'entière durée de ce traité, le service de l'éclairage public et privé, la ville s'est interdit tout acte qui aurait pour effet de créer une concurrence au concessionnaire... » (1).

Une telle solution est compréhensible; l'éclairage électrique n'existait pas lorsque le contrat de concession avait été passé. Sans doute eût-il mieux valu qu'une clause du cahier des charges prévît un nouvel éclairage; mais on ne pouvait raisonnablement tenir rigueur au concessionnaire de n'avoir pas prévu... ce qui n'était pas encore découvert. Les contrats doivent être interprétés suivant l'intention des parties

(1) Même sens : arrêté du Conseil de Préfecture de l'Oise du 6 juillet 1893 (Jurisprudence, 1894, p. 76) : « Considérant, y est-il dit, que... le traité de concession ne réglemeute que le mode d'éclairage par le gaz et que, notamment, il n'est pas contesté que l'article 3 du cahier des charges annexé n'ait prévu *uniquement* que l'éclairage par le gaz en conférant à la ville la faculté d'imposer à la compagnie, sous certaines conditions déterminées, l'adoption des procédés étrangers au système alors prévu dans la fabrication du gaz...

Considérant (p. 77) ...que la Compagnie française du gaz n'a ni demandé ni obtenu le privilège de transmission d'un mode d'éclairage autre que le gaz; qu'elle ne s'est même pas réservé, en ce qui concerne l'éclairage public, la faculté de substituer un nouveau mode d'éclairage à l'éclairage par le gaz, quelles que soient les conditions de supériorité et de bon marché d'éclairage de ce nouveau mode, sans violer son contrat... »

et lorsque leur intention est peu ou pas exprimée, il appartient au juge de présumer leur volonté. Or, en 1864 et en 1865, époque de la passation de leur contrat, les parties avaient uniquement en vue l'éclairage au gaz; le monopole que les concessionnaires avaient obtenu devait leur paraître intangible, aucun mode d'éclairage ne paraissant susceptible de remplacer la lumière du gaz.

Mais cette jurisprudence ne pouvait se maintenir que tant que les contrats de concession avaient été passés antérieurement à la vulgarisation de l'éclairage électrique. Le Conseil d'État devait, en cas de silence, interpréter différemment les récents traités de concession. C'est ce qui se produisit en 1900. Dans un arrêt du 22 juin de cette année, Commune de Maromme, le Conseil d'État condamne bien une commune à payer à son concessionnaire de gaz une indemnité pour le dommage que lui cause une entreprise électrique qu'elle a autorisée, mais il formule une réserve singulièrement significative : « Considérant, dit-il, que si le traité n'a pas prévu le cas où la commune voudrait faire profiter les habitants de la découverte d'un autre mode d'éclairage, le silence de la convention à cet égard ne suffit pas pour permettre à la ville de paralyser les droits de son concessionnaire du service de l'éclairage en accordant des autorisations de voirie nécessaires à l'établissement d'une industrie concurrente, *alors qu'elle n'a pas mis le*

concessionnaire en demeure de fournir la lumière électrique aux conditions offerles par l'entrepreneur de ce nouvel éclairage...». Suivant sa façon coutumière le Conseil d'État évolue lentement et marque chacune de ses étapes par un arrêt de transition. La compagnie du gaz, concessionnaire de la ville de Maromme, avait conclu son premier traité avec la commune en 1878; à ce moment personne ne songeait, au point de vue pratique, à l'éclairage électrique. Mais le traité arrivait à expiration en 1887 et les deux parties en prorogèrent les effets. Or, en 1887, rappelons-le, la Ville de Paris étudia sérieusement le nouveau système d'éclairage électrique. A ce moment donc les parties auraient dû prévoir les changements que l'électricité était susceptible d'apporter au point de vue de l'éclairage public et en régler les conséquences dans leur contrat. Le Conseil d'État se rend bien compte que la situation n'est plus la même que pour les premiers concessionnaires dont il a examiné les traités, mais il n'a pas encore nettement formulé sa nouvelle jurisprudence. Celle-ci est clairement exprimée en 1902, dans un arrêt célèbre Compagnie du Gaz de Deville-lès-Rouen contre Commune de Deville-lès-Rouen. La commune de Deville-lès-Rouen soutenant que la concession qu'elle avait accordée visait seulement l'éclairage par le gaz et non l'éclairage électrique, le Conseil d'État décide que « le silence gardé sur ce point par les premières

conventions de 1874 est facile à expliquer et doit être interprété en faveur de la Compagnie du gaz; qu'il en est autrement du défaut de toute stipulation dans le traité de prorogation intervenu en 1887, époque où l'éclairage au moyen de l'électricité fonctionnait déjà dans des localités voisines; qu'à cet égard les parties sont en faute de n'avoir pas manifesté expressément leur volonté, ce qui met le juge dans l'obligation d'interpréter leur silence, de rechercher quelle a été en 1887 leur commune intention. — Considérant, qu'il sera fait droit à ce qu'il y a de fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la Compagnie du gaz le privilège de l'éclairage n'importe par quel moyen, et à la commune de Deville-lès-Rouen la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité en le concédant à un tiers dans le cas où la compagnie requérante, dûment mise en demeure, refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier...» Le privilège de la compagnie se résout donc, d'après le Conseil d'État, en un droit de *préférence* à l'égard de ses concurrents. Naturellement il faut, pour que la nouvelle jurisprudence trouve son application, que les offres faites par les électriciens soient sérieuses; du reste la compagnie concessionnaire pourra toujours laisser ses concurrents traiter à leurs risques et périls. Il est à remarquer que c'est juste au moment où le Conseil d'État reconnaît aux concessionnaires du gaz un

monopole d'éclairage « par n'importe quel moyen » qu'il aboutit à une restriction de leur privilège. M. Hauriou qualifie l'aventure de « plaisante » et déclare que « le meilleur moyen de détruire un principe est d'en tirer les ultimes conséquences » (1). Après avoir trop triomphé, les compagnies gazières sont particulièrement menacées. Mais s'il y a faute de n'avoir pas prévu le nouvel éclairage, pourquoi la compagnie en supporte-t-elle seule les conséquences et pourquoi le silence gardé va-t-il s'interpréter dans une certaine mesure contre elle et non contre la commune. M. Hauriou donne une explication très satisfaisante de cette jurisprudence. Dans tous les contrats où des monopoles gênants pour le public sont accordés à des concessionnaires, tout ce qui n'est pas expressément stipulé ou tout ce qui n'est pas la conséquence raisonnable du contrat doit être refusé dans l'intérêt du public. Les monopoles sont une exception dans notre droit et les actes qui les autorisent doivent être interprétés restrictivement (2).

(1) Hauriou, Note sous Deville-lès-Rouen, Sirey, 1902.3.17.

(2) Dans la note précédemment citée, M. Hauriou se préoccupe des conséquences de cette nouvelle jurisprudence sur la situation juridique qui est ainsi créée aux compagnies du gaz en tant que sociétés commerciales. Celles-ci ont été fondées en vue de l'exploitation du gaz; peuvent-elles, sans être dissoutes puis refondées, ajouter à leur exploitation primitive celle de l'électricité.

La jurisprudence civile, considérant les sociétés commerciales comme des « organismes » tend de plus en plus à leur permettre de se modifier pour évoluer vers de nouveaux buts. La jurisprudence administrative que nous venons d'exposer ne peut, comme l'indique M. Hauriou, que hâter ce mouvement.

Dans la plupart des cas que nous venons d'examiner l'atteinte portée aux droits du concessionnaire, la modification indirecte imposée à son contrat et restreignant son monopole, a eu pour conséquence l'obtention de dommages-intérêts. La jurisprudence administrative n'enjoint pas à l'Administration de rapporter la mesure en question; elle la condamne simplement à payer une indemnité au concessionnaire en proportion du dommage qui lui a été causé (1). Et cette indemnité est accordée pour le dommage actuel (2); elle ne comprend pas le dommage futur.

Quelques arrêts, cependant, avaient accordé aux concessionnaires une indemnité définitive pour le cas où la ville ne ferait pas cesser la cause du dommage (3). La jurisprudence actuelle, se conformant à la règle généralement suivie en matière de dom-

(1) Le même droit à indemnité a été reconnu dans d'autres circonstances : par exemple au profit d'un concessionnaire de marché couvert auquel des marchands ambulants, autorisés par l'Administration, faisaient concurrence.

Conseil d'État : Graffin, 20 mai 1904.

(2) Conseil d'État : Saint-Étienne, 25 novembre 1898; Bourg, 2 février 1900; Foix, 12 juillet 1901; Gaz et eaux, 13 mars 1903, etc...

(3) Saint-Étienne, 26 décembre 1891; dame Stear, 2 février 1894.

Compagnie française d'éclairage, 26 novembre 1897 « Le ou les experts auront à déterminer : 1^o le préjudice causé à la compagnie française de l'éclairage par le gaz jusqu'au jour de l'expertise par les installations faites par les sieurs Tricoche et Fontaine... pour la distribution de la lumière électrique; 2^o l'indemnité *définitive* à allouer à ladite compagnie dans le cas où la ville ne ferait pas cesser la cause du dommage ».

mages causés par l'exécution de travaux publics, n'indemnise que le préjudice né et actuel.

Le Conseil d'État accorde donc au concessionnaire une indemnité pour le dommage qui lui a déjà été causé et, « en présence de l'impossibilité de déterminer la consistance de ce préjudice dans l'avenir » décide qu'« il y a lieu de réserver simplement à la compagnie l'exercice de son droit d'en obtenir ultérieurement la réparation tant que la ville n'aura pas fait disparaître la cause du dommage » (1).

En résumé l'autorité administrative peut — à moins qu'elle ne se l'interdise à elle-même, comme pour la grande voirie, et encore cette interdiction purement morale peut-elle être à chaque instant rapportée — délivrer des permissions de voirie aux électriciens. La puissance publique fait ce que bon lui plaît... à condition de supporter les conséquences pécuniaires de ses actes (2).

(1) Saint-Étienne, 25 novembre 1898. Nouvelle indemnité accordée par le Conseil d'État le 14 juin 1912.

(2) En fait, les autorités communales se sont vues dans l'obligation de révoquer les permissions accordées aux électriciens. Les finances communales n'auraient pas été assez riches pour supporter toutes les condamnations prononcées contre elles.

Cette situation, cependant, a abouti à une modification de la jurisprudence administrative touchant les permissions de voirie. On sait que ces permissions ne peuvent être révoquées par l'Administration que lorsque leur maintien est contraire à la bonne viabilité et à la conservation du domaine public. En aucun cas, ces permissions ne peuvent être retirées par l'autorité compétente en vue de réaliser des bénéfices. Les concessionnaires d'énergie électrique, forts de cette

Nous n'avons étudié dans ce chapitre que les contestations relatives à des questions de concurrence. L'histoire des compagnies du gaz et d'électricité est surtout intéressante à ce point de vue. Mais des difficultés peuvent également surgir entre un concessionnaire et l'Administration à propos des conditions d'application du mode d'éclairage adopté. Reconnaissons immédiatement que la partie du cahier des charges qui organise l'exploitation du service public est un acte unilatéral, qu'elle constitue une disposition réglementaire et, que par conséquent, elle peut être à tout moment modifiée par l'autorité compétente. Si le concessionnaire estime que l'acte

jurisprudence, se défendirent donc énergiquement lorsqu'on voulut leur retirer leurs permissions. Ils prétendirent, avec raison, que le retrait qu'on leur imposait, n'avait pas pour but la viabilité et la conservation du domaine, mais visait seulement à dégager les villes des responsabilités *pécuniaires* qu'elles avaient encourues. C'est alors que le Conseil d'État, pour faire sortir les communes de l'impasse où elles étaient acculées, modifia sa jurisprudence et décida que les révocations n'étaient pas illégales, bien que n'ayant pas pour motif l'intérêt du domaine, lorsque « le maintien des permissions retirées aurait eu pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée ».

Colette, 10 juillet 1896; Picard, 27 décembre 1901; Goret, 6 juin 1902.

La Cour de Cassation, au contraire, lorsqu'elle a eu à connaître des contraventions dressées contre les permissionnaires qui refusaient d'obtempérer aux arrêtés de révocation, a rigoureusement maintenu la jurisprudence antérieure.

Colette, 27 juillet 1893; Paul Jay, 3 août 1893; Goret, 25 octobre 1900 (Sirey, 1903.1.302).

D'après la Cour les permissions accordées ne peuvent être retirées que dans l'intérêt du domaine et de la viabilité.

administratif est de nature à aggraver les charges qu'il doit légalement assumer de par son contrat, il s'adressera au Conseil de Préfecture pour obtenir réparation du préjudice causé.

§ 3. — EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE EN
CE QUI CONCERNE LES CHEMINS DE FER ET LES
TRAMWAYS.

Les concessionnaires de chemins de fer et de tramways sont soumis au pouvoir réglementaire de l'Administration. Considéré au point de vue de son application ce pouvoir est général et tous les citoyens y sont soumis. Mais, en matière de chemins de fer et de tramways, le législateur a accordé certains pouvoirs aux autorités administratives. Les mesures réglementaires que nous allons examiner peuvent donc être divisées en deux catégories : celles qui sont générales et applicables à tous les administrés; celles qui sont spéciales et applicables seulement aux concessionnaires de moyens de transport. Naturellement, lorsque nous parlons du degré de généralité des règlements, nous nous plaçons à un point de vue strictement juridique. *En fait*, un règlement pourra n'être appliqué qu'à un concessionnaire; il n'en sera pas moins considéré comme ayant un caractère général si, *en droit*, la même mesure est susceptible d'être prise à l'égard de tous les administrés.

Comme exemples des premières, il nous est possible de citer des décisions émanant du chef de l'État et des maires. La loi du 3 mars 1822 permet au chef de l'État de déterminer les dispositions extraordinaires que le danger d'invasion des maladies contagieuses

rend nécessaires. Cette loi a évidemment une portée générale, mais il en a été fait une application particulière en matière de chemins de fer. C'est en vertu de cette législation que le Président de la République a organisé un service de surveillance médicale dans les gares par le décret du 30 juillet 1884.

D'autre part la loi du 5 avril 1884, dans son article 97, charge le maire d'assurer le *bon ordre* et la *sécurité* dans les rues, quais, places et voies publiques et dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes. Les concessionnaires de moyens de transport sont, évidemment, soumis à ce pouvoir réglementaire et plusieurs arrêts du Conseil d'État et de la Cour de Cassation ont reconnu la validité de mesures prises par un maire à l'égard de concessionnaires, en vue du maintien de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publique.

Lorsque la circulation d'un tramway, par exemple, est susceptible de présenter quelque danger, il appartient au magistrat municipal d'imposer au concessionnaire les mesures qu'il juge utiles à la sécurité publique. Le maire de Mustapha, le jour de la Fête Nationale, avait interdit la circulation des tramways sur certaines voies et, le soir, dans toutes les artères de la ville en raison de l'affluence des curieux et du passage des troupes. Le Conseil d'État a jugé que le maire n'avait pas excédé ses pouvoirs et a rejeté la

demande d'annulation formée par la compagnie contre l'arrêté en question (1).

L'arrêté du maire de Mustapha n'a qu'une importance secondaire, puisqu'il n'est pas permanent, quoique pourtant la même mesure puisse être renouvelée dans d'autres occasions et précisément les jours de fête, alors que la compagnie est en droit d'escompter un gros bénéfice du fait du transport de nombreux voyageurs. Mais, le 14 février 1908, le Conseil d'État reconnaît légal, en partie, un arrêté du maire de la ville de Toulouse portant règlement de police permanent. Le maire est compétent, d'après cet arrêt, pour déterminer les points de relais où les chevaux d'une compagnie de tramways peuvent stationner et le nombre maximum de bêtes que chaque relai doit comporter. Le maire agit, alors, dans l'intérêt de la sécurité et de la salubrité publique, pour éviter une sérieuse gêne à la circulation, prendre soin du bon aspect de la ville et de sa propreté (2).

La Cour de Cassation, de son côté, a fait application de la même doctrine à une espèce intéressante. L'usine productrice d'électricité de la compagnie du chemin de fer d'Orléans, à Paris, émettait chaque soir des fumées larges et épaisses formant un large panache

(1) Société des chemins de fer sur route d'Algérie, 27 janvier 1899 (Sirey, 1899.3.90).

(2) Conseil d'État : Société des tramways de Toulouse, 14 février 1908 (Sirey, 1910.3.60).

et infectant l'atmosphère. Ce fait constituant une contravention à un arrêté du préfet de police, procès-verbal fut dressé contre la compagnie. La Cour de Cassation, jusqu'où fut portée l'affaire, reconnut la validité de l'arrêté préfectoral qui avait été pris exclusivement dans un intérêt de salubrité publique (1).

Cependant ces arrêts n'ont qu'une importance secondaire, les autorités municipales ayant rarement à intervenir dans la police des chemins de fer et des tramways. Mais, à côté du pouvoir de police des maires qui ne s'exerce sur les concessionnaires que d'une manière accidentelle et générale, existe un autre pouvoir réglementaire, beaucoup plus précis exercé par le chef de l'État, le ministre des Travaux publics et les préfets (2).

(1) Cassation criminelle : 6 février 1909 (Sirey, 1909.1.280).

(2) Justement parce que le pouvoir des maires est général et celui du ministre ou des préfets spécial, il y a eu parfois des difficultés relativement à la compétence de ces différents administrateurs, en matière de chemins de fer. Il n'est pourtant pas impossible de concilier les pouvoirs de ces diverses autorités. C'est ce qu'ont décidé le Conseil d'État et la Cour de Cassation dans les arrêts précédemment cités.

Le pouvoir de police du maire, du reste, généralement vague et indéterminé dans son objet (maintien de la tranquillité, sécurité, salubrité) est inférieur au pouvoir spécial qu'ont le ministre et le préfet en matière de chemins de fer et de tramways. Un texte général et vague est infirmé par un texte spécial et explicite. C'est ce qui ressort des dispositions de l'arrêt, précédemment cité, *Société des tramways de Toulouse* : « Considérant que les dispositions de l'arrêté attaqué... rentrent dans les mesures que le maire est en droit de prescrire en vertu des pouvoirs qu'il tient des articles 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884; que le requérant n'établit pas qu'elles soient contraires à aucun arrêté par lequel le préfet, usant des droits qui lui sont conférés par l'article 21 de la loi du 11 juin 1880, aurait réglementé le service des tramways dans la ville de Toulouse... »

En vertu des lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845 pour les chemins de fer, du 11 juin 1880 pour les tramways, un pouvoir réglementaire spécial régit les concessionnaires de moyens de transports. Ce pouvoir est exercé de la manière suivante :

Le chef de l'État est investi d'une compétence générale; il prend des ordonnances ou des règlements. Le ministre surveille et prescrit l'exécution de ces règlements en ce qui concerne les chemins de fer d'intérêt général (1).

Voir, à propos de cette question de compétence, Dalloz 1865.1.41. Voir également un arrêt de la Cour de Cassation du 15 février 1894, qui a interprété bien strictement les pouvoirs du maire en matière de salubrité. Les chemins de fer faisant partie de la grande voirie, le fait d'entretenir des fosses à fumier près d'une gare constitue une contravention de grande voirie et ne peut pas être interdit pas l'autorité municipale (Dalloz, 1894.1.367).

(1) Ces pouvoirs du ministre des Travaux publics ont été contestés. Si nous examinons attentivement le texte de la loi de 1845, loi qui fait mention du ministre à propos des chemins de fer, nous pouvons constater que le ministre est seulement chargé d'approuver les règlements pris par les préfets en vue d'assurer l'exécution des ordonnances. Le droit pour le ministre d'approuver un règlement pris par un préfet ne semble pas lui conférer le pouvoir de réglementer lui-même et directement en cette matière.

Cependant une ordonnance du 15 novembre 1846, qui réglemente en détail l'exploitation des chemins de fer, prévoit des *décisions* rendues par le ministre (1). Les prescriptions de ce dernier concernant les chemins de fer ne seront-elles pas sanctionnées elles aussi de peines correctionnelles et faudra-t-il que les préfets prennent des arrêtés reproduisant la décision ministérielle, lesquels arrêtés seront sanctionnés par l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845? « Malgré son respect pour le caractère de droit étroit que présentent toujours les dispositions pénales, dit M. Picard dans son traité des chemins de fer, l'autorité judiciaire n'a jamais hésité à appliquer les peines prévues en l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 en cas de contravention aux

(1) Ordonnance 15 novembre 1846, art. 76

Pour les chemins de fer d'intérêt local et les tramways la police est, au contraire, exercée par le préfet sous l'autorité du ministre des Travaux publics.

Quelle est l'étendue des pouvoirs conférés par la loi au chef de l'État, au ministre et aux préfets? La loi du 11 juin 1842 porte dans son article 9 que « des règlements d'administration publique doivent déterminer les mesures et dispositions nécessaires pour garantir *la police*, la *sûreté*, l'*usage* et la *conservation* des chemins de fer et de leurs dépendances. » Pour sanctionner les mesures prises par le chef de l'État la loi du 15 juillet 1845 établit des pénalités : « Toute contravention aux ordonnances royales portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'*exploitation* du chemin de fer et aux arrêtés pris par les préfets sous l'approbation du ministre des travaux publics pour l'exécution desdites ordonnances, sera punie d'une amende de 16 à 3.000 francs... » et, en cas de récidive, de prison.

En vertu de ces textes, une ordonnance du 15

arrêtés ministériels intervenus pour l'exécution de l'Ordonnance de 1846. De nombreuses décisions ont été rendues en ce sens ».

Cette jurisprudence, quoique vivement critiquée par certains auteurs (1) n'a jamais été modifiée par l'autorité judiciaire. Il serait facile de lui faire, en théorie, de graves objections. Cependant les décisions des tribunaux paraissent tellement conformes à la pensée du législateur de 1845 qu'on ne saurait les critiquer (2).

(1) Lamé-Fleury, *Code annoté*, p. 232.

Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. IV, p. 261.

(2) Aucoc, *Conférence*, n° 1511, tome III.

novembre 1846 a réglementé en détail l'exploitation des chemins de fer.

L'ordonnance royale de 1846 touche à des objets très divers. Cependant le plus grand nombre de ses prescriptions a pour objet la sécurité de l'exploitation : entretien des voies et du matériel des chemins de fer, manœuvre des aiguilles, garde des passages à niveau, personnel obligatoire des trains, nombre maximum des voitures, vitesse maxima des convois, etc. Ces prescriptions concernant la sûreté du public et des agents ont été généralement acceptées par les compagnies; l'Administration doit veiller, ceci est incontestable, à la sécurité des citoyens dans tous les lieux et sur toutes les voies publiques (1). Mais ce que les compagnies n'acceptèrent pas, c'étaient certaines dispositions qu'elles estimèrent, avec juste raison, sortir du domaine de la police. Tels étaient : le pouvoir reconnu au préfet de réglementer l'entrée et le stationnement des voitures à chevaux dans les cours des stations (article 1), — la nécessité d'une approbation ministérielle des tableaux de la marche des trains du service ordinaire et l'affichage de ces tableaux dans les stations; le pouvoir conféré au ministre d'apporter aux

(1) Cette notion des pouvoirs de police de la puissance publique qui constitue un minimum, avait pourtant été contestée à la Chambre des pairs et à la Chambre des députés lors du vote de la loi de 1845.

Picard, t. II, p. 785.

horaires les modifications ou additions qu'il jugerait nécessaires (art. 43), — l'homologation, donnée par le ministre, des taxes que les compagnies sont autorisées à percevoir sur le public (art. 44), — l'obligation pour la compagnie d'effectuer, sans tour de faveur, le transport des objets qui lui sont confiés (art. 50), — enfin les attributions des commissaires royaux, aujourd'hui commissaires de surveillance, chargés de constater les infractions au présent règlement (art. 52).

Les Compagnies protestèrent contre des mesures contraires, disaient-elles, aux actes de concession et qui portaient atteinte à leur droit de diriger l'organisation et l'exploitation du service qui leur était confié. Elles remirent aux pouvoirs publics une protestation signée d'illustres avocats : Duvergier, Baroche, Berryer, Odilon Barrot, Fabre, etc. Leurs réclamations ne furent pas prises en considération. « L'Administration jugea, avec raison, qu'elle n'était pas sortie des limites de la délégation contenue dans l'article 9 de la loi du 11 juin 1842 et qu'elle avait exercé un droit indéniable en édictant des mesures embrassant tout à la fois la sécurité de l'exploitation et l'usage des chemins de fer » (1). Les réclamations portées devant l'autorité administrative n'ayant

(1) Picard, t. III, p. 647. L'historique des contestations soulevées par l'Ordonnance de 1846 est longuement relaté par M. Picard à partir de la page 645.

pas été couronnées de succès, les compagnies se tournèrent vers les tribunaux judiciaires.

Il y a, en effet, deux manières de se défendre contre les actes administratifs que l'on estime illégaux : il faut ou bien demander à l'Administration elle-même ou aux tribunaux administratifs de rapporter ou d'annuler la mesure en question; ou bien, enfreindre les prescriptions édictées par l'Administration et à l'occasion des poursuites intentées exciper de l'illégalité de ces prescriptions. Les compagnies après avoir essayé du premier procédé usèrent également du second.

Un arrêté préfectoral pris en exécution de l'article 12 de l'ordonnance de 1846 avait enjoint à la compagnie d'Orléans d'apporter certaines modifications aux voitures à voyageurs, notamment de substituer aux coussins remplis de foin des coussins rembourrés avec du crin et de placer les rideaux des fenêtres des wagons de telle façon que les voyageurs soient à l'abri du vent et de la pluie (1). La compagnie n'ayant tenu aucun compte de l'arrêté préfectoral, procès-verbal fut dressé de la contravention. La Cour d'Orléans, devant qui fut portée l'affaire, se déclara incompétente pour connaître de ces infractions qui, d'après elle, intéressaient seulement la commodité des voya-

(1) Ordonnance 15 novembre 1846, article 12 « ...les voitures devront être commodes et pourvues de ce qui est nécessaire à la sûreté des voyageurs ».

geurs. La thèse soutenue par la compagnie triomphait, et l'arrêté préfectoral perdait toute utilité puisque les infractions à ses dispositions n'étaient pas réprimées par des sanctions pénales. Le ministère public se pourvut alors contre la décision de la Cour d'Orléans et la Cour de Cassation, dans un arrêt célèbre du 6 janvier 1848, se rendit à ses arguments. L'arrêt de la Cour, rédigé en termes aussi clairs que possible vaut la peine d'être reproduit :

« Attendu, en droit, que la loi du 11 juin 1842 qui avait pour objet la création de grandes lignes de chemin de fer, a attribué au gouvernement le droit de déterminer, par des règlements d'administration publique, les mesures nécessaires pour maintenir la police, la sûreté, l'usage et la conservation de ces chemins ; — que l'insertion d'une semblable clause dans le cahier des charges de tous les lieux d'exploitation des chemins de fer démontre que, nonobstant les stipulations qui pouvaient y être contenues, le législateur avait entendu se réserver le droit d'exiger *toutes les modifications* que l'expérience, après la mise en service de ces voies de communication nouvelles, indiquerait comme nécessaires dans l'intérêt de la *sûreté de la police*, de l'*usage* et de la *conservation* de ces chemins ;

Attendu que l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer qualifie d'infractions punissables des peines portées audit article toutes

contraventions aux ordonnances portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation de ces chemins et aux arrêtés pris par les préfets sous l'approbation du ministre des Travaux publics pour l'exécution desdites ordonnances; — Attendu que dans cette dernière loi le législateur ayant employé le mot d'exploitation comme identique avec ceux d'usage et de conservation des chemins de fer de la précédente loi du 11 juin 1842, *la généralité* de cette expression ne permet pas de douter que la délégation légale faite au gouvernement ne comprenne le droit et même le devoir de réglementer tout ce qui intéresse l'établissement des divers modes de transport, la forme, les dimensions, la construction de diverses espèces de voitures, enfin toutes les mesures qui peuvent assurer la complète exécution des lois de concession quant aux garanties données aux diverses classes de voyageurs, etc... » (1).

L'avocat général Nicias-Gaillard sur les conclusions duquel avait été rendu l'arrêt s'exprimait en ces termes après avoir énuméré les diverses lois relatives à la police de la voie ferrée : « La police, la sûreté et l'exploitation du chemin de fer, voilà ce que la loi laisse à régler aux ordonnances délibérées en Conseil d'État. Or, qu'y a-t-il de plus général que ces mots police et exploitation? » et un peu plus

(1) Dalloz, 1848.1.44; Sirey, 1848.1.249.

loin, il déclarait que : « ce qui échapperait aux mots police et sûreté, le mot exploitation, placé derrière eux, le recueillerait. On voit, continuait-il, que sentant son insuffisance à tout prévoir, la loi, quand elle a déclaré s'en rapporter à l'ordonnance, a voulu lui laisser toute liberté dans une sphère d'ailleurs déterminée; ne pouvant descendre dans le détail infini des cas particuliers, elle s'est servie à dessein d'expressions assez larges pour n'en exclure aucun. »

Entendus dans un sens aussi large (1), alors que l'Administration n'était soumise, en ce qui concerne l'opportunité de ses actes, à aucun contrôle juridictionnel direct (2), on comprend qu'un tel arrêt ait soulevé de vives protestations. De nos jours encore la querelle n'est pas apaisée et M. Lamé-Fleury, dans son Code annoté des chemins de fer, refuse au mot « usage » la portée générale que la jurisprudence lui a attribuée (3).

Malgré quelques projets de refonte proposés en 1850 et en 1858, l'ordonnance de 1846 devait rester en vigueur jusqu'à ces dernières années. Avec le temps cependant et les progrès accomplis par l'in-

(1) La Cour de Cassation a rendu un arrêt dont les attendus ont la même portée générale le 23 juin 1864.

(2) La Compagnie n'attaquait pas directement l'arrêté préfectoral. Le Conseil d'État n'avait encore, à ce moment, aucun pouvoir de décision même en matière contentieuse; il donnait simplement des avis au chef de l'État qui statuait.

(3) Code annoté, p. 55, 1^{re} note.

dustrie des chemins de fer, le besoin se faisait sentir d'un renouvellement de cette ordonnance. La nécessité de changements et d'additions se faisait jour, pour employer l'expression du ministre des Travaux publics en 1901. Aussi un règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation des chemins de fer fût-il soumis à la signature du Président de la République le 1^{er} mars 1901. Élaboré par une commission composée de hauts fonctionnaires des corps des ponts et chaussées et des mines, le texte nouveau apportait des modifications importantes à l'ordonnance de 1846.

La revision poursuivie portait principalement sur trois points :

a) Précision et augmentation des pouvoirs du ministre insuffisamment définis dans l'ordonnance;

b) Remaniement de certaines dispositions techniques, d'un caractère suranné, pour les mettre en harmonie avec les progrès réalisés depuis les premières concessions de chemins de fer;

c) Réglementation détaillée visant l'hygiène publique.

Les compagnies attaquèrent le règlement devant le Conseil d'État et demandèrent son annulation. La manœuvre était hardie, car, jusqu'à ce jour, les règlements d'administration publique échappaient à tout recours contentieux. Elle fut néanmoins couronnée

de succès et la demande des compagnies fut reconnue recevable par le Conseil d'État.

Devant cette juridiction les représentants des actionnaires des grands réseaux usèrent de plusieurs moyens de défense. Ils prétendirent d'abord que la délégation donnée au chef de l'État par les lois de 1842 et 1845 avait été épuisée par la promulgation de l'ordonnance de 1846. Une telle prétention, était évidemment, inadmissible. Le pouvoir réglementaire, sauf une réserve expresse de la loi, n'est pas épuisé lorsqu'il a été exercé une première fois et l'Administration peut apporter à un règlement primitif « toutes les modifications que l'expérience ou des circonstances nouvelles ont révélé comme nécessaires pour assurer l'exécution de la loi. »

Le second moyen de défense invoqué fut que, les dispositions de l'ordonnance du 15 novembre 1846 ayant servi de base au contrat intervenu entre l'État et les compagnies, ces dispositions ne pouvaient plus être modifiées par l'État sans entente préalable avec ces dernières. Le Conseil d'État jugea avec raison, reproduisant, dans son arrêt, les termes mêmes employés par M. le commissaire du gouvernement Romieu, que « les pouvoirs de réglementation exercés par l'État en matière de chemins de fer, bien que rappelés expressément par l'article 33 du cahier des charges, dérivent... des lois des 11 juin 1842 et 15 juillet 1845 et non pas du contrat de concession. »

L'exercice du pouvoir réglementaire est donc, comme nous l'avons indiqué dans le chapitre premier, indépendant de toute stipulation contractuelle.

Enfin les compagnies tentèrent, comme en 1846, de faire triompher la distinction qui peut être établie entre les mesures intéressant la sécurité des voyageurs et celles qui intéressent l'exploitation commerciale du service concédé. Les juges administratifs firent bien état de la distinction proposée par les représentants des compagnies, mais rejetèrent leurs prétentions.

L'Administration peut donc, en vertu du décret de 1901, prescrire aux compagnies de prendre les mesures utiles à l'hygiène et à la commodité des voyageurs, au chauffage des voitures pendant la saison froide, au minimum de place à réserver à chaque voyageur; les tunnels doivent être éclairés; le service des agents nécessaires à la sûreté de l'exploitation peut être réglementé par l'Administration, etc. Celle-ci a aussi le droit « non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité de la circulation, mais encore de prescrire, à toute époque, les modifications et additions nécessaires pour assurer dans l'intérêt du public la marche normale du service. » Enfin si les installations des gares, leur personnel ou le matériel roulant sont insuffisants « pour permettre à la compagnie d'assurer, dans les circonstances normales, la marche régulière du

service... le ministre devra prendre les mesures nécessaires pour y pourvoir.» Le Conseil d'État jugea qu'en toutes ces matières le Président de la République n'était pas sorti de la limite des pouvoirs que le législateur lui avait conférés; la requête des compagnies demandant l'annulation du décret de 1901 fut donc rejetée.

En ce qui concerne les chemins de fer d'intérêt local et les tramways, le Président de la République a édicté un règlement d'administration publique en date du 6 août 1881. L'application de ce règlement n'a jamais donné lieu à d'aussi graves difficultés que celles que nous venons d'exposer (1).

Le Chef de l'État n'est pas seul à réglementer les industries de transport; les préfets et le ministre des Travaux publics sont également chargés de ce soin. Quelle est donc la limite des pouvoirs de ces administrateurs? D'une manière générale nous pouvons répondre que le ministre et les préfets doivent assurer l'exécution des ordonnances et des règlements d'administration publique. C'est ce que dit, d'ailleurs, la loi du 15 juillet 1845 lorsqu'elle punit les contraventions aux ordonnances et *aux arrêtés pris par les préfets pour l'exécution desdites ordonnances* (2); le même pouvoir

(1) L'Ordonnance de 1846 et le décret de 1901 sont bien applicables aux chemins de fer d'intérêt local, mais pas aux concessions de tramways.

(2) C'est également l'opinion qui avait été exprimée par certains membres du parlement au moment du vote de la loi. « Un règlement

limité doit, par analogie, être reconnu au ministre. Examinons à ce sujet la jurisprudence.

Celle-ci nous sera d'autant plus facile à consulter que nous ne sommes plus en présence de règlements d'administration publique contre lesquels aucun recours direct n'était admis jusqu'en 1907, mais qu'il s'agit d'arrêtés ministériels et préfectoraux pouvant être attaqués, devant le Conseil d'État, par le recours pour excès de pouvoir.

A vrai dire, la jurisprudence administrative a subi de sensibles variations en ce qui concerne les motifs des décisions qu'elle a rendues. Mais, si nous examinons les résultats auxquels elle est arrivée, nous pouvons adopter les conclusions suivantes : la mesure contestée par la compagnie est-elle permise par un règlement d'administration publique? On l'applique; le règlement est-il muet? On applique le cahier des charges. La solution des litiges se réduit alors à une question d'interprétation. Il faut reconnaître, d'ailleurs, que,

d'administration publique, disait un orateur, rendu avec toute la solennité dont ils sont susceptibles, ce règlement qui aura pour but de régler le service sur telle ou telle voie ne pourra pas dire : les convois partiront en tel nombre, ils partiront à telle heure, la durée aux stations sera de tant de minutes : c'est impossible.

Le règlement d'administration publique se bornera à dire : Les préfets prendront des arrêtés pour déterminer le nombre, les heures du départ des convois et la durée des stations.

Il est absolument impossible de régler ces détails dans un règlement d'administration publique... Il (le règlement) posera simplement le principe et il renverra aux préfets pour prendre les dispositions nécessaires variables selon les chemins ».

Duvergier, 1845, p. 308.

dans la plupart des cas, le Conseil d'État a interprété strictement les règlements du Chef de l'État (1).

A titre d'exemple nous citerons l'arrêt du 4 août 1905, Compagnie des chemins de fer de Bône-Guelma. La compagnie intéressée attaquait une décision du gouverneur général de l'Algérie qui réglementait la durée du travail de certains agents. « Considérant, dit le Conseil d'État, qu'il résulte des termes mêmes des arrêtés ministériels que les mesures édictées ne sont pas applicables à tous les employés; qu'elles visent seulement les mécaniciens et chauffeurs et ceux des agents soit des trains, soit des gares, stations et haltes dont le service peut intéresser la sécurité des trains ou des manœuvres; qu'ainsi la décision attaquée a été prise dans les limites des pouvoirs appartenant au gouverneur général et en vue de l'objet pour lequel ils lui ont été conférés... » la demande d'annulation de la compagnie est rejetée. En l'espèce, le pouvoir du Gouverneur reposait sur le décret de 1901 qui donne au ministre des Travaux publics le droit de déterminer, la compagnie entendue, « les disposi-

(1) Il va de soi que lorsque le règlement d'administration publique accorde à l'autorité administrative des pouvoirs étendus, l'interprétation du texte réglementaire ne peut pas être stricte puisqu'il ne renferme rien de précis.

Voir Conseil d'État : 26 janvier 1900, Chemins de fer économiques du Nord. Dans cette affaire les pouvoirs de l'Administration reposaient sur l'article 1^{er} du décret du 6 août 1881 « ...l'administration pourra ordonner d'office les *modifications* dont *l'expérience* ou les changements à opérer sur la voie publique feraient reconnaître la nécessité ».

tions relatives à la durée du travail des agents qu'il jugera nécessaires à la sécurité de l'exploitation» (art. 68). En Algérie les pouvoirs du ministre sont exercés par le Gouverneur (1).

De même le 6 décembre 1907 (2^e espèce) pour les décisions ministérielles ordonnant le chauffage des voitures. Les décisions du ministre reproduisent très fidèlement les prescriptions du Règlement (2).

Le 28 février 1908, le Conseil d'État valide toute une série de mesures du préfet de police imposant à la compagnie du chemin de fer métropolitain l'obligation d'avoir, dans chaque station, pour la surveillance des quais le nombre d'agents nécessaires à la liberté et à la sécurité de la circulation et, dans chaque voiture, un certain nombre de garde-freins et de conducteurs (3). Le préfet peut encore, pour empêcher les accidents et les chutes imposer l'emploi de carrelages ou de marches d'escaliers offrant une surface rugueuse

(1) Le Conseil d'État (section des Travaux publics) avait déjà admis, par un avis du 9 avril 1884 que le ministre tenait de l'Ordonnance de 1846 le droit de déterminer la composition du personnel et de réglementer la durée du travail des agents dont le service intéresse la sécurité des trains.

(2) Les voitures destinées aux voyageurs «devront être chauffées pendant la saison froide, dans les conditions approuvées par le ministre», etc. art. 24 du décret du 1^{er} mars 1901.

(3) Décret du 6 août 1881, article 25 : « Le concessionnaire est tenu de prendre à ses frais partout où la nécessité en aura été reconnue par le préfet... les mesures nécessaires pour assurer la liberté et la sécurité du passage des voitures et des trains sur la voie ferrée et celle de la circulation ordinaire sur les routes et chemins que suit ou traverse la voie ferrée ».

constatée (1). Le préfet approuve les ordres de service relatifs à l'éclairage de secours (2), etc... Toutes les prescriptions de l'arrêté préfectoral attaqué reproduisent le texte même des décrets de 1881 ou de 1901 — ou bien sont contenues en germe dans ces règlements. Il en est de même dans l'arrêt du 4 février 1910 rendu également sur la demande de la Compagnie du Métropolitain (3). La septième espèce de cet arrêt est d'autant plus intéressante que la décision rendue, sur ce point, par le Conseil d'État, peut être rapprochée d'une solution analogue donnée, par la même juridiction, à propos d'une concession de tramways. Du texte même de l'arrêt du 4 février 1910, il ressort que le préfet de police avait enjoint à la compagnie requérante de soumettre à l'Administration dans un délai d'un mois un horaire comportant aux heures les plus chargées des départs à quatre minutes d'intervalle. Le pouvoir du préfet d'apporter des modifications aux heures de départ fixées par une compagnie repose sur l'article 43 de l'Ordonnance de 1846 ainsi modifiée par le décret de 1901 : « Les horaires fixant la marche des trains ordinaires de

(1) Article 2 du décret de 1901 : « Les voies et autres installations des gares devront être convenablement disposées pour la sûreté des manœuvres et de la circulation des trains... »

(2) L'article 40, § 3 du décret du 6 août 1881 prescrit au concessionnaire de soumettre à l'approbation du préfet les règlements de service intérieur relatifs à l'exploitation de la voie ferrée.

(3) Dalloz, 1912.3 p. 17.

toute nature seront soumis par la compagnie à l'approbation du ministre des Travaux publics... — A toute époque le ministre des Travaux publics pourra prescrire d'apporter aux horaires des trains les *modifications* ou *additions* qu'il jugera nécessaires pour la sûreté de la circulation ou les besoins du public». L'interprétation de ce texte ne souffrait pas de difficultés et le Conseil d'État décida qu'« il appartient au préfet en vertu des pouvoirs qu'il tient... du décret du 1^{er} mars 1901 d'approuver les horaires des trains des chemins de fer d'intérêt local exploités dans le ressort de la préfecture de police et d'apporter aux horaires soumis par la compagnie à son approbation, et à toute époque, les modifications ou additions qu'il juge nécessaires pour la sûreté de la circulation ou les besoins du public ».

L'arrêt du 11 mars 1910, *Ministre des Travaux publics contre Compagnie Générale française des tramways*, aboutit à la même solution que la décision précédente du Conseil d'État. Le préfet des Bouches-du-Rhône avait imposé à la Compagnie française des tramways un nombre de voyages, pour chaque jour, supérieur à celui qui avait été prévu dans le contrat de concession. Le préfet avait-il le pouvoir de prendre l'arrêté attaqué? Rappelons tout d'abord qu'il s'agit d'une compagnie de tramways et que le décret de 1901 n'est pas applicable aux tramways. Il fallait, en l'espèce, interpré-

ter l'article 33 du décret du 6 août 1881 modifié par le décret du 13 février 1900 et ainsi conçu : « Le préfet détermine, sur la proposition du concessionnaire et l'avis du service du contrôle, le maximum de la vitesse des convois de voyageurs et de marchandises sur les différentes sections de la ligne *ainsi que le tableau du service des trains.* » Que faut-il entendre par l'expression : « tableau du service des trains ? » S'agit-il seulement, pour le préfet, de fixer l'horaire proprement dit ou bien a-t-il le droit d'augmenter le nombre des voyages de sa propre autorité ?

Dans un avis du 21 mai 1901 la section des travaux publics du Conseil d'État s'était prononcée en faveur du droit, pour le préfet, d'augmenter le nombre des trains, sauf le cas de stipulations expresses résultant de l'acte de concession et déniait ce droit au préfet (1). L'assemblée publique du contentieux se prononça, en 1910, dans le même sens. La solution adoptée en 1910 est d'autant plus curieuse qu'elle constitue un revirement de jurisprudence; un arrêt du 23 janvier 1903 (chemins de fer économiques du Nord)

(1) La même question s'était déjà posée à propos de l'Ordonnance de 1846 qui parlait dans son art. 43 du « règlement de service ». Dans le rapport au roi qui accompagnait l'Ordonnance, le ministre des Travaux publics d'alors expliquait la portée de l'article 43 en disant que l'Administration ne devait pas, dans l'intérêt du public, perdre de vue ces deux données : heure des trains, nombre des voyages. Y a-t-il une telle différence entre le « règlement de service » de l'Ordonnance et le « tableau de service » du décret de 1881 qu'il faille donner à chacune de ces expressions un sens différent ?

rendu par le Conseil d'État dans un cas absolument identique avait, en effet, abouti à l'annulation de l'arrêté préfectoral. L'arrêt de 1910 a cette heureuse conséquence d'unifier, en ce qui concerne la fixation des horaires, les règles qui concernent les chemins de fer d'intérêt local et celles qui s'appliquent aux tramways.

Mais, en dehors de la question d'interprétation d'un texte réglementaire, l'arrêt de 1910 est intéressant en ce qu'il résout, d'une manière très claire et très explicite, la question des modifications qui peuvent être apportées à un contrat de concession par l'Administration. La façon dont le débat avait été engagé et les conclusions formulées par les parties au cours de l'instance posaient, en termes très nets, le problème des rapports entre le contrat et le règlement.

Le commissaire du Gouvernement, M. Léon Blum, semble avoir distingué deux hypothèses : celle où l'Administration s'est engagée par une clause formelle à ne pas user vis-à-vis du concessionnaire de son pouvoir réglementaire — et celle où le cahier des charges ne contient pas de stipulation expresse à ce sujet. Et il faut bien s'entendre sur ces différents points : Le contrat de concession peut bien prévoir un certain nombre de voyages par jour. Mais ce nombre de voyages constitue un minimum ; il ne pourrait être considéré comme un maximum

qu'en cas de stipulation expresse des parties et dans le cas où l'Administration aurait renoncé, sur ce point, à l'exercice de son pouvoir réglementaire. Cette renonciation est fâcheuse du reste, et M. Picard, par exemple dans son traité des chemins de fer, blâme de telles pratiques (1); elle n'en est pas moins valable et doit s'imposer au respect de l'Administration.

Mais, répétons-le, pour que cette clause soit respectée, il faut qu'elle soit expresse de telle sorte que, si l'Administration violait cette stipulation contractuelle, elle commît un détournement de pouvoir. Et le détournement de pouvoir, nous le verrons bientôt, est le seul cas où un acte administratif peut être annulé quand il a abouti à la violation d'un contrat.

(1) « On peut critiquer au moins théoriquement, dit M. Picard, les clauses contractuelles qui ont pour effet de dépouiller l'administration d'une partie de ses pouvoirs. Si rien ne s'oppose à ce que l'exercice de ces pouvoirs soit subordonné à certaines conditions financières, il n'est pas sans inconvénient, pour la puissance publique, d'abdiquer complètement par des conventions les droits que des textes organiques lui avaient expressément attribués dans l'intérêt de la bonne exploitation des voies ferrées. Toutefois, en pratique, cette observation perd beaucoup de sa valeur, si la fixation du nombre maximum de trains susceptibles d'être imposés à la compagnie est assise sur des bases rationnelles et assez larges pour assurer une satisfaction suffisante aux besoins du public ». (*Traité des chemins de fer*, t. III, p. 364.)

Aujourd'hui on écarte des cahiers des charges les clauses qui limitent les pouvoirs de l'Administration parce que ces clauses portent sur des matières qui ont pour caractère essentiel de n'être pas contractuelles. Lorsque les compagnies tiennent à être garanties contre les conséquences pécuniaires de certaines exigences de l'Administration, elles peuvent stipuler que l'autorité concédante les indemniserà, le cas échéant, mais non se soustraire à l'obligation de se conformer aux prescriptions édictées par les représentants de l'autorité.

Colson, *Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways* pp. 111 et 112.

Cet arrêt *Compagnie générale française des tramways* nous a fait passer en revue les controverses les plus importantes qui forment le sujet de cette thèse (1).

En l'espèce, l'administrateur eut gain de cause et le Conseil d'État décida que le préfet des Bouches-du-Rhône n'avait pas excédé les pouvoirs qu'il tient de la loi et du règlement. N'oublions pas, cependant, que le recours pour excès de pouvoir constitue une des branches du contentieux de l'annulation et que le Conseil d'État, s'il reconnut souvent la légalité de l'intervention des administrateurs, se montra également gardien sévère de la légalité.

Le pouvoir réglementaire ne peut s'exercer que dans les limites qui lui ont été fixées par la loi ou par

(1) Voici la partie la plus intéressante du texte de cet arrêt : « Considérant que l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 pris en exécution de la loi du 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juillet 1845 (art. 21), lesquels impliquent, pour l'Administration, le droit non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service; qu'ainsi la circonstance que le préfet aurait, comme le soutient la compagnie des tramways imposé à cette dernière un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, *dans l'espèce*, l'annulation de l'arrêté préfectoral du 23 juin 1903; que c'est par suite à tort que le Conseil de Préfecture a, par l'arrêté attaqué, prononcé cette annulation; qu'il appartiendrait seulement à la compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation ».

les règlements prévus par la loi (1). En conséquence si le ministre ou le préfet outrepassent les pouvoirs qui leur sont reconnus par la loi ou un règlement d'administration publique, leurs arrêtés sont annulés.

Le ministre, par exemple, n'a pas le pouvoir de modifier le nom d'une station. Un arrêt du Conseil d'État en date du 11 mars 1898 (Compagnie du Nord) est ainsi libellé : « Considérant qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement les rapports de l'État avec les compagnies de chemins de fer sont réglés par le cahier des charges des concessions; qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise le ministre à soutenir qu'en vertu de ses pouvoirs généraux et indépendamment de toute stipulation du cahier des charges annexé à la concession intervenue entre l'État et la Compagnie du chemin de fer du Nord, il peut enjoindre à celle-ci d'attribuer le nom de Gouy à la halte de Gouy-Cahon... »; en conséquence les prétentions du ministre sont rejetées.

De même si le préfet de police enjoint à une société de tramways d'avoir dans ses bureaux un nombre déterminé d'employés chargés de l'appel des numéros d'ordre (2). En effet, aucune disposition de loi ou de

(1) M. Blum, dans ses conclusions précitées, fait pourtant une exception à ce principe dans les cas exceptionnels « où quelque nécessité publique urgente oblige manifestement l'État à s'emparer du service concédé, à en opérer une sorte de reprise momentanée ».

(2) Autant que possible, l'Administration doit enjoindre au particulier de faire cesser la cause du désordre ou du danger en lui laissant le choix des moyens à employer. Cependant, il va de soi que, s'il n'y a

règlement ne l'autorise à se substituer à la compagnie requérante pour arrêter les dispositions propres à assurer l'exécution d'une prescription de cette nature (1).

Le Conseil d'État annule également les actes juridiques entachés d'un vice de forme (2) ou accomplis par un fonctionnaire incompétent (3).

Enfin, pour en finir avec les cas de recevabilité du recours en annulation, nous devons mentionner le détournement de pouvoir. Les pouvoirs conférés aux administrateurs leur ont été accordés en vue d'obtenir un certain résultat et d'arriver à un certain but qui peut être résumé par ces mots : l'intérêt général. C'est dans l'intérêt du public que le préfet de police impose des prescriptions multiples à la compagnie du métropolitain ; c'est dans l'intérêt des voyageurs, c'est-à-dire de tout le monde, que le Gouverneur de l'Algérie réglemente le travail des chauffeurs et mécaniciens ou que le préfet des Bouches-du-Rhône enjoint à une compagnie de tramways d'augmenter le nombre des voyages effectués chaque

qu'un seul moyen à employer, l'Administration peut en prescrire l'exécution. J. Laferrière, *Le pouvoir de police de l'administration et le respect du droit de propriété*.

(1) Conseil d'État, Compagnie des tramways de Paris, 30 juin 1905 (1^{re} espèce). Même sens, Métropolitain, 28 février 1908 (1^{re} et 3^e espèces). Conseil d'État, 11 janvier 1907.

(2) Compagnie du Nord et autres, 6 décembre 1907 (3^e espèce).

(3) Tramways de Paris, 30 juin 1905 (2^e espèce). Compagnie française des tramways de Bordeaux, 25 mai 1906. Voir également en ce qui concerne une concession d'omnibus, 20 juillet 1900.

jour. Toute mesure qui n'aurait pas en vue l'intérêt général mais seulement l'intérêt de telle ou telle catégorie de citoyens devrait être taxée d'illégalité. D'autant plus qu'il ne faut pas oublier que le concessionnaire a un droit personnel de jouissance sur le service public et qu'il ne peut en être privé que par le rachat. Si donc, les modifications apportées au contrat en bouleversent complètement l'économie, si elles impliquent, par exemple, la mise en œuvre d'un capital ou d'un matériel plus important que celui dont le concessionnaire dispose», le juge du contrat pourra « prononcer la résiliation au profit du concessionnaire. Il pourra même — à ce que nous croyons (1) — si l'usage fait du droit de réglementation avait manifestement pour objet d'acculer le concessionnaire à la déchéance, de le frustrer de sa concession sans passer par la procédure du rachat, il aurait le droit..., dans ce cas exceptionnel, d'annuler les actes de réglementation et ce pouvoir d'annulation serait tiré du pouvoir qui lui a toujours été reconnu en matière de concession, d'annuler une déchéance injustement prononcée ».

Ces dispositions, excessivement sages, constituent un contrepoids aux pouvoirs reconnus à l'Administration et le Conseil d'État sera chargé de préciser, par

(1) Nous citons un fragment des conclusions de M. Blum dans l'arrêt des tramways de Marseille.

sa jurisprudence, les limites que les administrateurs ne devront pas dépasser.

Il va de soi que si la disposition prise par l'Administration a pour objet l'application non d'une loi ou d'un règlement mais du cahier des charges, l'examen du cahier des charges devra être fait par le Conseil de Préfecture (1).

Le Conseil d'État est, au contraire, compétent en premier et dernier ressort, quand il s'agit d'interpréter un acte réglementaire ou de statuer sur sa validité (2).

Les questions de compétence, du reste, n'ont qu'une importance secondaire. Elles découlent de la nature des droits invoqués par l'Administration. Un acte est-

(1) Conseil d'État, Compagnie des tramways de l'Est-Parisien, 28 janvier 1910 et 21 juillet 1911.

La jurisprudence est d'ailleurs constante sur ce point et le Conseil d'État rejette les demandes d'annulation formées directement devant lui :

Chemins de fer de Lyon, 18 mai 1888; chemins de fer de Lyon, 22 mars 1889; chemins de fer Nord-Est, 29 mars 1889; chemins de fer de Lyon, 23 mai 1890; chemins de fer de Lyon, 22 janvier 1892; chemins de fer de Lyon, 8 février 1895.

De même quand l'Administration veut imposer la création de gares :

Chemins de fer du Nord, 28 juin 1878; chemins de fer P. L. M., 24 novembre 1882; Chemins de fer économiques, 23 mai 1890; Société de construction des Batignolles, 14 mai 1897.

(2) Cependant, lorsque la mesure prescrite par l'Administration a déjà été exécutée par le concessionnaire, le Conseil d'État au lieu de renvoyer les parties devant le Conseil de Préfecture quand il y a lieu à interprétation du contrat, statue lui-même directement. Dans le cas où l'acte administratif est illégal, il règle les conditions de fixation de l'indemnité à accorder.

Conseil d'État, Société de construction des Batignolles, 14 mai 1897. De même, 4 août 1911.

il pris par un administrateur *en vertu de ses pouvoirs réglementaires*? Les contestations qu'il fait surgir sont de la compétence du Conseil d'État en premier et en dernier ressort. *L'acte constitue-t-il, au contraire, un droit contractuel*? Les difficultés d'interprétation sont de la compétence du Conseil de Préfecture en premier ressort et du Conseil d'État en appel (1). Le visa des textes que comprend tout acte administratif prend alors une importance considérable. C'est en examinant le fondement des pouvoirs des administrateurs que le concessionnaire saura devant quel tribunal, Conseil de Préfecture ou Conseil d'État, il devra porter l'affaire. Une décision du Conseil d'État du 16 mai 1902 semble bien admettre cette distinction. La Compagnie électrique du secteur de la rive gauche attaquait un arrêté préfectoral pris en vertu du cahier des charges : « Considérant, dit le Conseil d'État, que l'article 12 du cahier des charges... détermine les cas dans lesquels certaines parties de la canalisation pourront être déplacées ou même enlevées par la ville — *considérant qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêté attaqué que c'est par application de cet article que le préfet a rapporté son précédent arrêté...*; qu'il suit de là que si la compagnie estimait que la mesure dont elle a été l'objet a été prise en dehors des conditions prévues par le cahier des charges, c'est devant le Conseil de

(1) A ce sujet voir les conclusions de M. Tardieu, Conseil d'État, 6 décembre 1907.

Préfecture, juge en premier ressort des contestations qui peuvent s'élever entre les concessionnaires et l'Administration touchant l'exécution des clauses de la convention que la compagnie devait se pourvoir... »

Au contraire, lorsque l'Administration invoque ses pouvoirs réglementaires pour imposer aux compagnies des obligations nouvelles non prévues au contrat, les contestations, si contestations il y a, pourront donner lieu à un double contentieux : « Le contentieux de la réglementation ou plutôt de la légalité de la réglementation dont la forme normale est le recours pour excès de pouvoir et le contentieux du contrat lequel comprend nécessairement l'examen des répercussions que la réglementation peut exercer sur l'économie du contrat » (1).

En conséquence, même dans le cas où le pouvoir de réglementation a été reconnu légal par le Conseil d'État, le concessionnaire, s'il estime que les mesures prescrites par l'Administration introduisent dans les charges de l'exploitation un élément qui n'a pu entrer dans les prévisions des parties, pourra intenter, devant le Conseil de Préfecture, une action en dom-

(1) Conclusions de M. Blum dans l'affaire des tramways de Marseille, 11 mars 1910.

M. Blum déclare ensuite que ce double contentieux correspond au double aspect, à la double nature de la concession qui est, en un sens, un agencement financier à forme certaine, en un autre sens le mode de gestion d'un service public à besoins variables.

mages-intérêts. Depuis 1905, la jurisprudence administrative est constante sur ce point (1).

Le Conseil de Préfecture statue en premier ressort, sur cette demande de dommages-intérêts et pour savoir si la demande est fondée, il interprétera le contrat. Dans chaque cas particulier, le juge pourra s'inspirer, pour aboutir à une solution, de motifs différents. Cependant, il nous semble possible de pouvoir tirer de la jurisprudence et de la doctrine des règles d'interprétation objective comme nous l'avons fait à propos des litiges soulevés par l'application des taxes d'octroi et par la lutte entre les sociétés du gaz et les communes.

I. Naturellement, si le contrat prévoit l'application de la mesure en question, on applique le contrat.

Par exemple, le cahier des charges passé entre l'État et les grandes compagnies prévoit dans son article 31 que « la Compagnie sera tenue d'établir *à ses frais*, partout où besoin sera, des gardiens en nombre suffisant pour assurer la sécurité du passage sur la voie ».

Or l'Ordonnance du 15 novembre 1846 contient dans son article 4 la même prescription. En conséquence, lorsque l'Administration, usant des pouvoirs que lui confère l'Ordonnance, prescrira l'établissement de gardiens, aucune indemnité ne sera due chaque fois

(1) Conseil d'État : Bône-Guelma, 4 août 1905 ; grandes compagnies de chemins de fer, 6 décembre 1907, Métropolitain, 28 février 1908 et 4 février 1910.

que le maintien de la sécurité du passage sur la voie nécessitera vraiment les gardiens imposés par l'Administration (1).

(1) Voir également l'article 30 et les articles suivants du cahier des charges des grandes compagnies qui sont rédigés d'une manière bien vague. Article 33 notamment : « Des règlements d'A. P.... détermineront les mesures et les dispositions nécessaires pour assurer la police et l'exploitation du chemin de fer ainsi que la conservation des ouvrages qui en dépendent... *Toutes les dépenses qu'entraînera l'exécution des mesures prescrites en vertu de ces règlements seront à la charge de la Compagnie* ».

Cahiers des charges-type des chemins de fer locaux et des tramways approuvés par le décret du 6 août 1881.

Chemins de fer :

Article 1^{er}. «...l'administration pourra ordonner, d'office, les modifications dont l'expérience ou les changements à opérer sur la voie publique feraient reconnaître la nécessité. *En aucun cas ces modifications ne pourront donner lieu à indemnité* ».

Art. 40. « Le concessionnaire est tenu... de se conformer aux prescriptions des arrêtés qui sont pris par les préfets pour l'exécution des dispositions qui précèdent.

Toutes les dépenses qu'entraîne l'exécution de ces prescriptions sont à la charge des concessionnaires ».

Tramways :

Art. 33. « Le concessionnaire *supportera les dépenses* qu'entraînera l'exécution des ordonnances, décrets, décisions ministérielles et arrêtés préfectoraux rendus ou à rendre par application de la loi du 15 juillet 1845 et de celle du 11 juin 1880 au sujet de la police et de l'exploitation du chemin de fer ».

Certaines de ces prescriptions des cahiers des charges sont rédigées d'une manière trop vague. Il s'en dégage néanmoins l'impression qu'un certain exercice du pouvoir réglementaire par l'Administration probablement en vue du maintien de la sécurité, ne donne lieu à aucune indemnité pour les dommages qu'il occasionne au concessionnaire. Peut-être est-ce pour refuser toute indemnité sur le premier point et en accorder une sur le second que le Conseil d'État a fait, dans certains arrêtés, une distinction entre la police de la sécurité et celle qui concerne l'exploitation, 4 août 1905; 6 décembre 1907. Ou bien la distinction établie par le haut tribunal administratif dans ces deux arrêtés est-elle une survivance historique de l'ancien principe en vertu duquel l'Administration ne pouvait s'immiscer dans les détails de l'exploitation que pour le maintien de la sécurité?

II. Le contrat ne prévoit pas l'exercice du pouvoir réglementaire. Une sous-distinction est alors nécessaire :

a) L'acte administratif qui modifie le contrat a-t-il une portée générale et est-il, juridiquement, applicable à tous les citoyens qui se trouveront en situation de le subir? Si oui, le concessionnaire doit le supporter sans indemnité. Il en serait ainsi selon nous pour les différents cas que nous avons cités en tête du chapitre où le maire fait usage de son pouvoir général de police.

b) L'acte administratif est-il seulement applicable au concessionnaire ou à un groupe de concessionnaires? Une indemnité est due parce qu'il n'est pas juste que l'administration contractante modifie de sa seule autorité une situation économique qu'elle a contribué à créer et ce, sans indemnité. Sans doute on peut établir une distinction entre la puissance publique qui commande et la personne morale qui contracte, mais le lien qui existe entre la puissance et la personnalité n'est pas assez caché pour qu'on puisse considérer ces deux aspects d'un même phénomène juridique comme étant entièrement différents.

La question du droit à indemnité sommairement tranchée, il reste à débattre la quotité de l'indemnité à accorder au concessionnaire et ce calcul pourra présenter parfois de sérieuses difficultés. L'indemnité à allouer devra, autant que possible, représenter le préjudice causé mais rien que le préjudice causé. Si

donc un préfet augmente le nombre des voyages qu'une compagnie est tenue d'effectuer sur une certaine ligne, les juges ou les experts qui fixeront l'indemnité devront tenir compte des éléments suivants :

a) Frais supplémentaires occasionnés par le nouveau service;

b) Diminution de trafic que peuvent subir les autres trains;

c) Bénéfices procurés à la compagnie par la circulation du nouveau train.

Ces difficultés cependant ne sont pas insurmontables et, fréquemment, les tribunaux civils ont à statuer sur des demandes d'indemnité aussi délicates à trancher (1).

(1) Un exemple de fixation d'indemnité pour service supplémentaire est fourni par le décret du 6 août 1881.

Les chemins de fer d'intérêt local qui ne reçoivent pas de subvention du Trésor sont exemptés du service postal ordinaire gratuit. Mais le décret de 1881 accorde au ministre des Postes et Télégraphes, d'accord avec celui des Travaux publics, le droit d'exiger un train spécial pour le service des correspondances. La compagnie doit, pour ce fait, être remboursée du montant intégral des dépenses supplémentaires qui lui sont imposées, déduction faite des produits qu'elle aura pu retirer du train spécial.

CHAPITRE III

De quelques cas particuliers

§ 1. — MODIFICATIONS IMPOSÉES A UN CONCESSIONNAIRE PAR UNE AUTRE ADMINISTRATION QUE L'ADMINISTRATION CONCÉDANTE.

Nous avons envisagé le cas où l'autorité qui modifie la concession est la même que celle qui a contracté. Il n'en est pourtant pas toujours ainsi et la modification peut être imposée par une autre administration que celle qui a accordé la concession. Prenons l'exemple d'une Commune qui établit des taxes d'octroi sur les matières premières nécessaires à un concessionnaire du Département ou de l'État et passons sous silence la question de la légalité de l'établissement de ces taxes que nous avons précédemment exposée; il reste seulement à interpréter le contrat pour savoir si le concessionnaire supportera cette nouvelle charge. Ne pourra-t-il pas se retourner contre l'État ou le Département avec qui il a contracté pour lui demander une indemnité compensatrice du préjudice causé? M. Romieu, dans ses conclusions précitées, est pour la négative : « La création d'impôt

au cours même du contrat sur les objets qui forment la substance même du contrat, dit-il, n'engage pas la responsabilité de la personne publique si les impôts n'ont pas été établis par elle.»

M. Jèze dans une note de jurisprudence parue dans la *Revue du droit public* (1908, p. 63) se déclare d'un avis opposé : « A mon avis, dit-il, la solution de la question doit être la même quel que soit l'auteur de la règle de droit nouvelle. Il n'y a pas à distinguer suivant que les auteurs de la règle de droit nouvelle sont ou ne sont pas les autorités qui ont conclu le traité avec l'entrepreneur ou fournisseur.»

Il nous semble qu'il y a lieu de distinguer deux hypothèses :

a) L'Administration qui a accordé la concession ne peut pas, par l'exercice régulier et normal de ses pouvoirs, obtenir le dégrèvement de son concessionnaire.

b) L'Administration qui a accordé la concession peut, par l'exercice régulier et normal de ses pouvoirs, obtenir le dégrèvement de son concessionnaire.

Dans le premier cas le concessionnaire ne nous paraît devoir disposer d'aucun recours contre le concédant puisque ce dernier est supposé ne disposer d'aucun moyen pour empêcher la modification imposée. Reprenons l'exemple des taxes d'octrois établies sur les matières nécessaires au concessionnaire d'un service national.

L'État ne peut pourtant pas être rendu responsa-

ble de la création de taxes perçues sur l'*initiative* des assemblées locales. Les octrois sont établis « sur la demande du Conseil municipal », si nous nous rapportons aux termes de la loi du 28 avril 1816. L'Administration supérieure ne peut, en aucun cas, imposer à une commune l'établissement de taxes d'octroi; elle ne devrait donc pas être rendue responsable de taxes établies sur la *demande* d'un Conseil municipal.

Mais, dira-t-on, l'Administration supérieure ne pourrait-elle pas refuser de donner suite à la délibération du Conseil municipal qui lui fait cette demande, sous prétexte que les charges de son entrepreneur seraient rendues plus onéreuses? Évidemment non; elle doit, dans ce cas, se préoccuper seulement de l'intérêt de la commune. Tout refus de l'Administration supérieure qui aurait pour but d'éviter de nouvelles charges à son concessionnaire, serait manifestement entaché de détournement de pouvoir. Pourrait-il être tout au moins spécifié, dans le décret d'autorisation de l'octroi, que l'entrepreneur sera exonéré de tous les droits nouveaux qu'il aura à payer? Pas davantage.

Les taxes d'octroi sont les mêmes pour tous les citoyens qui y sont soumis. Aucune différence ne peut être faite suivant la *qualité* des consommateurs (1). Dans l'exemple que nous avons choisi,

(1) Voir les exemples cités par MM. Tardit et Ripert, dans Béquet, t. XXI, p. 107.

l'État ne doit donc, en aucune manière, être rendu responsable de ce qui advient à son entrepreneur à moins que le contrat ne mette à la charge de l'Administration le remboursement des taxes établies par l'autorité locale.

Il en serait de même, selon nous, si une compagnie de tramways, concessionnaire du département, se voyait astreinte par une commune à payer des droits de stationnement. Le département ne pouvant empêcher l'établissement des taxes en question n'est aucunement responsable vis-à-vis de son concessionnaire (1).

Au contraire, si l'autorité concédante peut obtenir l'exonération de son entrepreneur par l'exercice régulier et normal de ses pouvoirs, elle engage sa responsabilité en ne les exerçant pas et doit rembourser le montant des taxes qui ont été payées.

Par exemple, les Chambres de commerce peuvent, en vertu de la loi du 30 janvier 1893 sur la marine marchande, contracter des emprunts destinés à l'amélioration des ports; ces emprunts sont rembour-

(1) L'article 34 de la loi du 11 juin 1880 dispose bien que les communes ne peuvent exiger des concessionnaires de tramways une redevance ou un droit de stationnement qui n'aurait pas été stipulé expressément dans l'acte de concession. Mais une commune qui n'a pas été partie au contrat, par exemple à propos d'un tramway concédé par le département, peut légalement exiger du concessionnaire une redevance pour le stationnement sur son territoire. Cassation, 5 février 1902.

sés au moyen de taxes autorisées par décret en Conseil d'État et perçues sur les voyageurs, bateaux et marchandises qui entrent dans le port. Si une compagnie de navigation a passé un traité avec l'État pour le transport, dans ce port, de passagers et de matériel et si, postérieurement à la passation du contrat, des taxes sont établies dans le port, le concessionnaire sera-t-il fondé à se retourner contre l'État pour lui demander une indemnité? Il nous semble que oui, car l'État aurait pu exempter son concessionnaire du paiement de la taxe.

Ce régime de faveur accordé à un contractant de l'État est permis par l'article 11 de la loi du 30 janvier 1893. D'après cet article les tarifs perçus sur les navires qui entrent dans un port, « peuvent établir des prix réduits d'abonnement ou des exemptions totales ou partielles en faveur de certaines catégories déterminées de navires tant français qu'étrangers. Ils (les tarifs) peuvent spécifier des péages par unité de trafic, différents à l'embarquement et au débarquement suivant les diverses natures de marchandises ou les diverses catégories de voyageurs. »

L'espèce que nous avons choisie a fait l'objet d'une décision du Conseil d'État le 20 mai 1904. La Compagnie marseillaise de navigation effectuait le service entre le continent et la Corse et elle s'était chargée, par contrat passé avec le représentant de l'État, de transporter pour le compte de l'Adminis-

tration des passagers et du matériel. Au cours du traité des taxes furent établies dans le port de Bastia afin de faire face au remboursement d'un emprunt contracté par la Chambre de commerce de cette ville. L'État contractant s'étant refusé, par l'organe de ses représentants, à rembourser à son co-contractant le montant des taxes qu'il avait payées, le Conseil d'État fut saisi de l'affaire. Il trancha le litige en faveur de la compagnie, mais il est juste de reconnaître que le tribunal administratif ne se décida pas pour les raisons que nous avons précédemment exposées. Sans retenir les précédents invoqués par les représentants de la compagnie et d'après lesquels l'État aurait, dans des circonstances analogues, exempté son concessionnaire du paiement des taxes établies, le Conseil d'État se borna à déclarer que « l'éventualité de l'établissement de ces droits n'avait pas été prévue au moment de la convention et que la compagnie n'avait pu en tenir compte dans la fixation des conditions de transport qu'elle consentait à l'Administration. »

La responsabilité de l'administration concédante peut, d'ailleurs, être engagée par suite de son attitude vis-à-vis de l'autorité qui modifie la concession. Si, par exemple, en matière de tramways la commune concédante sollicite du préfet l'exercice de son pouvoir réglementaire à l'égard du concessionnaire, la commune engage directement sa responsabilité,

Il en est de même en ce qui concerne les permissions de voirie accordées aux concessionnaires d'éclairage. Une commune accorde à une compagnie du gaz le droit exclusif de poser des canalisations dans le sol des voies communales. Ce monopole conféré aux gaziers ne fait pas obstacle au pouvoir qu'a toujours le préfet d'accorder le même privilège à des électriciens sur les routes nationales. La Commune ne peut donc pas, si le préfet accorde des permissions, être poursuivie par son concessionnaire sauf dans un cas : lorsque c'est sur la demande des représentants de la commune que les autorisations ont été accordées par le préfet aux électriciens.

Il ne faut pas oublier également — et ceci est, du moins en apparence une atténuation sensible à la règle suivant laquelle le concédant ne peut être rendu responsable lorsqu'il n'est pour rien dans l'exécution de la mesure incriminée — que l'Administration, comme tous les corps hiérarchisés, est bien un peu une et indivisible. En conséquence, une administration qui a accordé une concession et qui est attaquée par son concessionnaire pour un acte pris par une autre administration peut être valablement engagée dans l'instance sauf, si elle s'y croit fondée, à appeler en garantie l'administration, auteur de l'acte incriminé. Vis-à-vis du concessionnaire il n'y aurait qu'une seule administration, celle qui a contracté et

il pourrait toujours s'en prendre à elle de tous les actes administratifs de nature à faire grief (1).

Nous serions alors amené à établir une nouvelle distinction :

a) *En ce qui concerne la procédure*, il n'y a pas à distinguer suivant que les auteurs de l'acte incriminé sont ou ne sont pas les autorités qui ont contracté avec le concessionnaire et le concessionnaire peut toujours mettre directement en cause l'administration concédante — alors nous nous rapprochons de l'opinion de M. Jèze.

b) *En ce qui concerne le fond du débat* et pour savoir quelle est l'administration qui, en *dernier lieu*, doit être rendue responsable, il faut se reporter aux premières règles que nous avons posées (2).

Reconnaissons du reste, que la question ainsi traitée est bien théorique, car les solutions de la jurisprudence font sur ce point presque complètement défaut.

(1) En matière de tramways, par exemple, la responsabilité de l'administration concédante est généralement engagée en cas de modification imposée par une autre administration.

Voir conclusions Blum, arrêt 11 mars 1910 *in fine*.

(2) Rapprocher de cette solution une décision du Conseil d'État en date du 12 février 1909 (Compagnie commerciale de colonisation du Congo français). Le Conseil admet la responsabilité de l'Administration même en cas de faute personnelle d'un agent administratif. Il est vraisemblable qu'ensuite et vis-à-vis de l'Administration la responsabilité du fonctionnaire sera mise en cause.

§ 2.— MODIFICATIONS IMPOSÉES PAR LE LÉGISLATEUR.

Les contestations que nous avons examinées, au cours de ce travail, portent sur la légalité du pouvoir réglementaire des administrateurs et sur les répercussions que peut avoir, sur le contrat, l'exercice de ce pouvoir. Nous avons montré qu'en somme toutes les prérogatives de l'Administration ont uniquement pour objet l'application de la loi. C'est seulement quand la loi l'a permis et dans la limite où elle l'a permis que les administrateurs peuvent imposer au concessionnaire des modifications à son contrat. On peut dire que le Chef de l'État, le ministre, les préfets et les maires ne sont que les instruments du législateur et n'agissent que d'après les indications qui leur ont été prescrites par la loi.

Cependant, au lieu d'agir par des intermédiaires, le pouvoir législatif peut régir directement la matière et il n'est pas rare qu'un contrat de concession soit modifié par le législateur lui-même. L'exemple le plus connu en cette matière est évidemment celui des lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911, sur les retraites des cheminots, imposées aux compagnies de chemins de fer.

Le fait que la modification apportée au contrat provient directement de la loi ne doit pas, à notre avis, apporter une dérogation à la règle générale — et aux conséquences que nous en avons tirées — d'après

laquelle il est utile de distinguer, dans le cahier des charges les conditions d'exploitation du service public des stipulations purement contractuelles (1). Pourtant, comme nous sommes en présence du pouvoir souverain et que le propre de la souveraineté est d'être absolue, force nous est bien de faire une place à cette toute-puissance (2).

(1) A l'appui de notre opinion :

Conseil d'État, 5 juillet 1907, Humblot.

On sait que le chef de l'État est investi du pouvoir législatif en ce qui concerne les colonies et les pays de protectorat. Or, un décret du Président de la République ayant méconnu les droits que le sieur Humblot tenait d'un contrat de concession passé avec le ministre des Colonies, Humblot se pourvut contre le décret devant le Conseil d'État. Le Tribunal administratif reconnut que « si le requérant se croit fondé à soutenir que le décret attaqué a porté atteinte aux droits qu'il tiendrait du contrat et lui a causé un préjudice, ce décret ne fait pas obstacle à ce que le requérant s'adresse à l'autorité compétente en vue d'obtenir telle réparation que de droit... »

Le 21 juillet 1911, le Conseil d'État accorde une indemnité à la suite de l'exécution d'une décision du ministre des Colonies (*Journal du droit administratif*, 1911, p. 457).

(2) « Il est de principe que les dommages causés à des particuliers par des mesures législatives ne leur ouvrent aucun droit à indemnité. La loi est, en effet, un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier, d'après la nature et la gravité du dommage, d'après les nécessités et les ressources de l'État s'il doit accorder cette compensation ; les juridictions ne peuvent pas l'allouer à sa place, elles ne peuvent qu'en évaluer le montant d'après les bases et dans les formes prévues par la loi ».

Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*.

Tel est le principe quand on envisage la question au point de vue pratique, c'est-à-dire quand on tient compte, seulement, des décisions des tribunaux. Théoriquement, au contraire, on peut très juridiquement soutenir qu'un refus d'indemnité, formulé par le législateur à l'égard d'un concessionnaire est contraire au droit. Cette constatation, du reste, n'offrira qu'un intérêt platonique puisque, en France, aucun recours n'est possible contre les actes du Parlement.

En conséquence, nous distinguerons les hypothèses suivantes :

1^o La loi prévoit les conséquences pécuniaires de son application.

Aucun recours n'est alors possible, même s'il y a violation flagrante d'un contrat et que la loi refuse expressément toute indemnité à celui qui a contracté (1). Il est juste d'ajouter, du reste, que, lorsque le législateur a aggravé les charges d'un concessionnaire ou d'un fournisseur de l'État et qu'il a prévu la difficulté, il a, dans la plupart des cas, admis le principe d'une indemnité à allouer au co-contractant de l'État. C'est ainsi que la loi du 3 décembre 1908 sur le *raccordement des voies ferrées avec les voies d'eau* a prévu, dans son article 3, qu'il serait statué par le Conseil d'État « sur les indemnités qui pourraient être réclamées par les Compagnies de chemins de fer à raison du préjudice qui leur serait causé par l'application de la présente loi ».

De ce que le législateur a prévu un droit à indemnité au profit des compagnies de chemins de fer, il ne faudrait pas en conclure qu'en cas de silence de la loi aucune indemnité ne devrait être accordée.

Une telle manière de raisonner est susceptible de provoquer deux objections. D'abord le législateur

(1) Conseil d'État, 7 décembre 1894, Compagnie algérienne.

n'a fait, en l'espèce, que confirmer la règle que nous exposons. Ensuite l'article 3 de la loi de 1908 est, surtout, attributif de compétence; il donne directement compétence au Conseil d'État pour statuer sur des demandes d'indemnité qui, normalement, ressortissent au Conseil de Préfecture.

2^o La loi ne prévoit pas les conséquences pécuniaires de son application.

Il est nécessaire, alors, d'interpréter le contrat et pour cela de distinguer les hypothèses suivantes :

a) *Le contrat prévoit les conditions d'application de la loi.* On applique le contrat. Un exemple bien connu de cette jurisprudence est celui qui est relatif aux services des subsistances de la guerre. Le règlement du 26 mai 1866, auquel se réfèrent tous les cahiers des charges d'adjudication, stipule que l'établissement de taxes douanières sur les denrées faisant l'objet des marchés qu'il réglemente, donnera lieu à indemnité au profit des fournisseurs. En conséquence, il a été décidé que les adjudicataires de la fourniture des avoines à l'armée étaient fondés à réclamer des dommages-intérêts à raison de la promulgation, dans la période d'exécution de leur contrat, des lois des 28 mars 1885, 30 mars 1887 et 11 janvier 1892 majorant les droits de douane sur les avoines (1).

b) *Le contrat ne prévoit pas explicitement les condi-*

(1) Cf. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, et les arrêts cités en note. (Béquet, tome XXIII, p. 110.)

lions d'application de la loi. Il faut alors présumer la volonté des parties au moment où elles ont contracté et, pour cela, établir deux sous-distinctions :

a) La loi qui frappe le concessionnaire est une loi générale, c'est-à-dire une loi qui est susceptible d'être appliquée à tous les citoyens.

b) La loi en question est une loi spéciale qui vise seulement le concessionnaire.

Dans le premier cas, si la loi est « une de ces charges générales qui frappent tous les citoyens ou toute la catégorie d'industriels et de commerçants à laquelle il appartient », aucune indemnité n'est due au concessionnaire (1). Ainsi, un entrepreneur de travaux publics n'est pas fondé à se retourner contre l'État pour lui demander réparation du préjudice pécuniaire que lui cause l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

« Considérant, dit le haut tribunal administratif, dans un arrêt du 10 janvier 1908, qu'en l'absence de toute réserve inscrite dans la loi du 9 avril 1898, le *caractère général de cette loi* s'oppose à ce que le requérant puisse réclamer la réparation du préjudice qu'elle lui aurait causé. »

M. le Commissaire du Gouvernement Tardieu

(1) Conseil d'État : Dubourg, 20 juillet 1900; Barbe, 12 janvier 1883.

Un impôt sur la dynamite est à la charge d'un fournisseur de l'État. Cet impôt doit, en effet, être payé par tous les fabricants de dynamite.

avait bien fait ressortir l'injustice qu'il y aurait à créer une situation privilégiée aux co-contractants de l'État : « Alors, dit-il, que cette charge (l'application de la loi de 1898) imposée par le législateur à un très grand nombre d'employeurs va peser notamment sur tous les entrepreneurs de travaux privés, sur les entrepreneurs de travaux publics des départements et des communes, sans recours possible de leur part contre le maître de l'ouvrage, admettre que, seuls les entrepreneurs de l'État vont pouvoir se retourner contre lui pour se faire rembourser le surcroît de charges que cette loi leur impose, ce serait créer à ces entrepreneurs une situation privilégiée que rien ne justifie » (1).

La situation est au contraire, tout autre, s'il s'agit d'une loi spéciale au concessionnaire et si c'est en sa qualité de co-contractant qu'il est frappé. Le préjudice, si préjudice il y a, est alors causé au concessionnaire seul et une indemnité lui est due parce qu'il n'est pas équitable qu'on lui impose une charge dont on dispense les autres industriels n'ayant aucun lien contractuel avec l'État.

Il est à remarquer, du reste, qu'une loi imposée à

(1) Conseil d'État : Noiré et Beyssac, 10 janvier 1908. En outre M. Tardieu faisait bien remarquer que la loi sur les accidents du travail a une portée générale et qu'elle a été faite dans l'intérêt de la société tout entière. L'impôt payé par les patrons « n'est pas établi dans l'intérêt des finances de l'État. Il sert à alimenter un fonds de garantie affecté spécialement à assurer, aux ouvriers blessés, que les indemnités auxquelles ils ont droit leur seront payées ».

un concessionnaire ou à un groupe de concessionnaires présentera souvent un caractère de fiscalité qui justifiera l'obtention d'une indemnité. Si nous prenons, par exemple, la loi sur les retraites des chemins de fer, il nous est facile de montrer que l'État, en imposant un régime spécial de retraites aux agents des chemins de fer, a réalisé une énorme économie. En effet, si les agents de la voie ferrée étaient soumis au régime du droit commun, leurs retraites seraient réglées par la loi du 5 avril 1910. Or la loi de 1910 a pour principale caractéristique d'exiger un triple versement des ouvriers, des patrons et de l'État. Dans la loi du 21 juillet 1909 nous ne retrouvons pas la contribution de l'État. On est donc fondé à soutenir que, du fait de la promulgation de la loi de 1909, l'État a réalisé, pour l'avenir, une économie au détriment des compagnies. Par conséquent, si aucune stipulation du cahier des charges des grandes compagnies ne met à la charge des concessionnaires les retraites de leurs agents, nous estimons que l'État doit réparer le préjudice qui résulte pour les compagnies de l'application de la loi du 21 juillet 1909, quitte, dans le calcul de l'indemnité, à tenir compte des sommes que les compagnies seraient obligées de verser du fait de la loi du 5 avril 1910.

CONCLUSION

Il en est de la concession comme de beaucoup d'autres conceptions juridiques. Au premier abord sa complexité étonne et empêche de se rendre compte de sa nature particulière. On a alors recours à des termes spéciaux; on parle d'acte *sui generis* ou de contrat de droit public, sans se rendre compte de la contradiction qu'impliquent ces expressions. A la réflexion, et si on la décompose en ses éléments simples, il apparaît clairement que ceux-ci ne sont pas inconnus. La concession se réduit alors à deux actes distincts : un contrat et un règlement ou statut. Chacun d'eux obéit à ses règles propres; le contrat n'a aucune influence directe sur l'exercice que fait l'Administration de son pouvoir réglementaire et réciproquement.

Sans doute, comme l'a écrit M. Hauriou, la jurisprudence nouvelle est la mort de l'antique principe d'après lequel le cahier des charges se suffit à lui-même (1). Mais tout se transforme et ce principe lui-même a fait son temps.

(1) Sirey, 1907.3.113.

Les concessionnaires, du reste, ne peuvent qu'avoir intérêt au développement de la nouvelle jurisprudence. Si on considérait toujours la concession comme un contrat, l'Administration serait tentée, sous la pression des besoins du public, de multiplier quand même ses interventions. Les juges administratifs, eux-mêmes, s'efforceraient, peut-être, de concilier les dispositions du contrat avec les exigences croissantes du service public. Au lieu d'agir franchement, en vertu, de ses pouvoirs réglementaires, l'autorité administrative en serait réduite à torturer le texte des contrats pour y chercher une justification d'actes faits exclusivement dans l'intérêt du public et en vue de la bonne utilisation des services concédés.

Et il ne faut pas oublier que tout ce qui touche au contrat a une répercussion pécuniaire. Si, par l'interprétation du contrat, certains droits sont reconnus à l'Administration, celle-ci agit... mais n'accorde aucune indemnité. Au contraire, avec la procédure adoptée, on reconnaît bien à l'Administration les pouvoirs dont elle a légitimement besoin, mais on assure au concessionnaire un droit à indemnité quand la charge qu'il supporte est contraire aux prévisions contractuelles.

Du reste, les nouveaux cahiers des charges des concessions de travaux publics sont rédigés de façon telle qu'au lieu d'entraver ils prévoient l'exercice du pouvoir réglementaire des administrateurs.

Certaines compagnies du gaz dont la prévoyance

doit être admirée, s'engagent, par exemple, à observer les arrêtés municipaux relatifs à l'allumage et à l'extinction de la lumière pourvu que l'Administration ne leur fasse pas dépenser plus d'une certaine quantité de gaz par jour. Si ce quantum est dépassé, la consommation supplémentaire sera payée au prix d'un tarif déterminé (1). Cette dernière clause est très habile et évitera bien des difficultés. Ce qui est délicat, en effet, dans l'organisation d'une concession de travaux publics ce ne sont pas les conditions de construction de l'ouvrage ni la première organisation du service, mais les développements qu'elle est susceptible de prendre et la façon dont il y sera pourvu.

Pour les chemins de fer la même tendance domine. Les clauses qui limitent les pouvoirs de l'Administration sont de plus en plus écartées des cahiers des charges tandis que celles qui règlent les conditions d'application des règlements administratifs deviennent de moins en moins rares (2).

D'après les nouveaux cahiers des charges, l'Administration a, *en droit*, les pouvoirs les plus étendus

(1) Les compagnies gazières ont toujours été si habiles que quelques-unes ont parfois prévu les variations qui pourraient être apportées au prix du gaz suivant les cours du charbon.

Conseil d'État, ville d'Aix, 18 février 1858.

(2) Colson, *Abrégé*, pp. 111 et 112.

Même en matière de tarifs l'Administration évite d'engager l'avenir. Le ministre n'homologue plus les tarifs que d'une manière provisoire afin de pouvoir les retirer quand il veut.

Colson, p. 146.

sur les services concédés. *En fait*, il en est tout autrement car la perspective des indemnités à payer est de nature à faire réfléchir sérieusement les administrateurs désireux d'exercer leur pouvoir réglementaire. Vis-à-vis des concessionnaires la puissance publique n'est pas absolue; elle a une limite, celle de ses disponibilités pécuniaires (1).

Enfin, il ne faut pas oublier, quels que soient les pouvoirs de l'Administration sur les services publics, que le concessionnaire a droit à l'exploitation du service concédé. Ayant un droit il a aussi une responsabilité et pour que cette responsabilité soit effective, il faut qu'il ait la libre direction du service public. Que l'Administration lui impose, moyennant finances, certaines obligations extracontractuelles, qu'elle modifie les horaires des trains ou qu'elle augmente le nombre des voyages, fort bien. Mais l'Administration n'a pas le droit de bouleverser complètement, par l'exercice de ses pouvoirs, l'économie du contrat. Si elle agissait ainsi et si elle frustrait, sans passer par la procédure du rachat, le concessionnaire de l'exploitation à laquelle il a droit, elle commettrait un détournement de pouvoir et l'annulation de ses actes pourrait être prononcée par le juge du contrat.

(1) La puissance publique ne peut, à notre avis, imposer au concessionnaire que des obligations qui peuvent faire l'objet d'indemnités pécuniaires. Elle ne pourrait pas, par exemple, s'immiscer, de quelque manière que ce soit, dans les rapports entre le concessionnaire et ses employés.

Il y a là une question de mesure qui doit être laissée à l'appréciation du Conseil d'État. Mais tant que la modification ne porte pas sur une des clauses essentielles, sur une de celles en considération de laquelle le contrat a été passé, cette modification est parfaitement licite. Elle découle du droit qu'a l'Administration de modifier librement une situation statutaire. Et, comme l'a dit M. Thaller « modifier un statut c'est non rompre un contrat mais perfectionner un organisme » (1).

(1) Thaller, *Traité*, p. 370.

VU : *Le Président de la Thèse*,
H. BERTHÉLEMY.

VU : *Le Doyen*,
F. LARNAUDE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- BERTHÉLEMY *Traité élémentaire de droit administratif*, 1913.
- HAURIOU *Droit administratif*, 1911.
- PLANIOU *Droit civil*, t. II, 1912.
- DUCROCQ *Droit administratif*, 7^e édition.
- AUCOC *Conférences sur le droit administratif*.
- PICARD *Traité des chemins de fer*.
- COLSON *Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways*.
- DEMOGUE *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*.
- BLANCHE *Dictionnaire général d'administration*.
- JUZIER-HERMAN . *Code annoté*.
- MORGAND *La loi municipale*.
- J. GUILLOUARD .. *Notion juridique des autorisations des concessions administratives et des actes d'exécution*.
- LAFFERRIÈRE *Traité de la juridiction administrative*.
- BÉQUET *Répertoire du droit administratif*.
- LAMÉ-FLEURY ... *Code annoté des chemins de fer en exploitation*.

E. PILON *Monopoles communaux.*

J. LAFERRIÈRE ... *Les pouvoirs de police de l'administration et le respect du droit de propriété.*

TEISSIER *Responsabilité de la puissance publique,*

THALLER *Droit commercial.*

*Revue du droit public et de la science politique, années 1894,
1907, 1908, 1909, 1910, 1911.*

Revue générale d'administration, 1893.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I ^{er} . — Nature juridique de la concession de travaux publics	5
CHAPITRE II. — Pouvoirs réglementaires de l'Admi- nistration sur les services concédés	37
§ 1 ^{er} . — Établissement de taxes d'octroi	42
§ 2 ^e . — Atteintes au monopole des concessions d'éclairage	50
§ 3 ^e . — Exercice du pouvoir réglementaire en ce qui concerne les chemins de fer et les tramways .	77
CHAPITRE III. — De quelques cas particuliers	112
§ 1 ^{er} . — Modifications imposées à un conces- sionnaire par une autre administration que l'ad- ministration concédante	112
§ 2 ^e . — Modifications imposées par le législateur ..	120
CONCLUSION	127
BIBLIOGRAPHIE	133

PITHIVIERS. — IMP. DOMANGÉ ET C^{ie}. — 6982
